

O princípio da verdade real.

J. Canuto Mendes de Almeida

Catedrático de Direito Judiciário Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1 — A narração do fato ,que, nas denúncias e nas queixas, o denunciante ou querelante deve empreender, não vincula o magistrado às circunstâncias narradas, senão na medida em que estas se ajustam às do fato real objetivo. A tarefa de ajustar os termos da postulação acusatória aos termos da verdade real incumbe ao magistrado, no sistema do direito processual brasileiro, não apenas antes de proferir a sentença penal (arts. 383, 384 e 385 do Código de Processo Penal), nem tão só durante a instrução definitiva (art. 569 do Código de Processo Penal), mas também ao receber a inicial.

Sob o aspecto meramente inquisitivo, tal ajustamento, em princípio, ou melhor, de regra, sendo supérfluo, é implícito, visto como *a ação penal se instaura, então, não por causa da descrição* histórica do fato, contida na inicial, *mas por causa do fato, em sua objetividade exterior e anterior à inicial*, que esta historicamente descreve. Sob o aspecto acusatório, entretanto, sendo função da descrição histórica feita na inicial, como é obvio, a mesma de um libelo acusatório, (qual seja, a de fixar os termos da acusação, para que dêstes, como cargas, seja o réu obrigado a livrar-se, no exercício de seu pleno direito de defesa), aquele ajustamento deve ser explícito quanto às circunstâncias essenciais elementares da definição jurídica da verdade real e, ainda, quanto às circunstâncias concernentes a pressupostos processuais e condições da ação (competência, legitimidade

de parte, não estar extinta a punibilidade por prescrição ou por decadência).

Quando ocorra desajuste, o poder-dever de o juiz zelar pela identidade do fato (o fato acusado há de ser sempre o fato ocorrido) investe-o na prerrogativa, que exerce de ofício, de denegar recebimento à inicial desajustada, aplicando assim a sanção processual de inadmissibilidade ao ato eivado da nulidade prevista pelo artigo 569 do Código de Processo Penal. Essa prerrogativa — que reflete a obrigação de o juiz “prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos” (art. 251 do Código de Processo Penal) — acompanha o magistrado durante tôda a instrução criminal; e, quando, ao ter de proferir a sentença penal, ainda não tenha percebido o desajuste e só então venha a verificá-lo, está obrigado a exercê-la nos termos dos aludidos artigos 383, 384 e 385 do Código de Processo Penal.

Entretanto, convém frizar que se o desajuste entre as circunstâncias descritas pela acusação e as circunstâncias objetivamente ocorridas carecer de relevância jurídica penal ou processual penal, ou melhor, quando a imperfeição ou a incompleição da denúncia ou da queixa não incidir sôbre circunstância elementar da definição jurídica do fato como crime (definição jurídica genérica), segundo sua espécie ou tipo (definição jurídica específica), nem sôbre circunstâncias, como as de tempo e de lugar, por exemplo, determinadoras da competência, bem como do termo inicial do prazo de prescrição ou de decadência, o desajuste, sendo assim juridicamente irrelevante, não impede o recebimento da denúncia ou queixa, imperfeita ou incompleta por mero acidente e não por essência. Em tal caso, entretanto, a verdade real ainda é aquela que implícitamente constitui a matéria da acusação, e não a descrição imperfeita ou incompleta da denúncia ou queixa.

Num regime de processo inquisitivo puro, que praticamente não existe, fundir-se-iam as duas espécies de atividades integrantes da instrução criminal — postulação e pro-

bação — no officio inquisitivo do juiz: êste buscaria a verdade real, sem estar vinculado a qualquer comportamento postulatório alheio, quer de acusador, por inexistente, quer de defesa, por irrelevante: o réu, sujeito passivo da inquirição, reduzir-se-ia a mero instrumento de prova, à disposição do magistrado perquiridor das circunstâncias reais do fato, anteriores e exteriores ao processo.

Num regime de processo acusatório puro, que também não existe na prática, ao acusador e ao acusado caberiam, em relação de igualdade, aquelas duas atividades, de postulação e de probação, reduzido o juiz, em sua inércia jurisdicional, a decidir segundo o alegado e provado pelas partes, em relação de contrariedade.

No regime misto, adotado pelos países civilizados, *o poder inquisitivo do juiz não suprime a contrariedade; conjuga-se com ela, regendo-a, quanto à postulação, mediante as exigências da verdade real, delimitativas do litigio, e, quanto à probação, mediante a complementação das provas incompletas e a correção das provas viciosas.*

Acautelam-se, no regime misto, tanto os interesses da verdade real, com o exercício do poder inquisitivo do juiz, quanto os interesses da plenitude de defesa, com a rigorosa aplicação prática das regras do contraditório.

2. — Essa interpretação dos dois regimes, no tipo de processo misto, faz com que a contrariedade processual penal se distinga da contrariedade processual civil ou comercial: na ação civil ou comercial, em geral, ressalvados os casos que pedem a intervenção do ministério público, o réu se defronta com o autor, e vice-versa, em relação ativa de contrariedade, reduzido o juiz a sujeito passivo da instrução judicial; ao passo que *na ação penal o réu e o autor se defrontam tanto com o juiz quanto com a parte contrária, numa relação dúplici, de sujeição à verdade real, em face do juiz inquisitivo, e de contrariedade, em face da parte contrária.*

Nada melhor do que mostrar na lei, nosso Código de Processo Penal, como se dá essa relação complexa.

3 — O art. 41 do Código de Processo Penal determina que a inicial postulatória, denúncia ou queixa, “conterá a exposição do fato criminoso, com tôdas as suas circunstâncias”.

A finalidade dessa exigência acha-se inscrita nos arts. 394 e 395 do mesmo Código de Processo Penal: realizar a plenitude de defesa, mediante *ciência tempestiva* ao acusado dos exatos t ermos da acusação. É por isso que o juiz, “ao receber a queixa ou denuncia, designará dia e hora para o interrogatório (tempestividade), ordenando a citação do r eu (ciência)” e que “o r eu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de três dias, oferecer alegações escritas”. Nenhum processo penal pode se iniciar sem que o acusado tenha liminar conhecimento “do fato criminoso, com t odas as suas circunstâncias”, fato êsse que constitui o cont udo da acusação.

As mesmas considerações, aplicáveis à postulação, aplicam-se também   probação: nenhuma prova de acusação pode ser produzida sem que dela se d  prévio conhecimento ao acusado, não só para que participe de sua produção, mas também para que possa opor contraprovas de defesa. O invocado art. 41 do Código de Processo Penal determina que o r ol de testemunhas da acusação conste da denuncia ou queixa, para que, segundo o art. 194, ao tomar conhecimento da inicial, o denunciado ou querelado tome conhecimento, também, dêsse r ol, e para que, consoante o art. 395, saiba, com critério, selecionar e “arrolar testemunhas” de defesa.

A aplicação prática do princípio constitucional da plenitude de defesa e da contrariedade na instrução criminal manifesta-se, assim, através desta regra, deduzida dos aludidos dispositivos do Código de Processo Penal: ninguém pode ser chamado a defender-se de imputação indeterminada; ou, noutros t ermos, nenhuma acusação pode ter por objeto fato indeterminado.

A denúncia ou a queixa não podem, pois, incidir em omissão de circunstâncias de fato, ao menos essenciais, sob sanção de nulidade: é o que se depreende dos arts. 569 e 384 e do § único do art. 384.

4. Dizer o art. 569 que as omissões da denúncia ou queixa “poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final” é reconhecer que a inicial, quando incompleta na exposição das circunstâncias do fato, incide em nulidade e que a nulidade, não podendo ser suprida depois da sentença final, deve ser suprida antes. Dizerem o art. 384 e o seu § único que, mesmo antes da sentença final, para suprir-se a omissão de “circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa”, se torna necessário “baixar o processo, a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, fale, e, se quiser, produza provas”, ou, ainda, “a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa. . . abrindo-se, em seguida, o prazo de três dias à defesa, que poderá oferecer prova”, dizerem isso, êsse artigo e seu parágrafo único, significa que ninguém pode ser acusado senão de circunstâncias elementares devidamente determinadas na postulação.

5. Os dispositivos ora invocados exprimem, em termos de norma positiva, a manifesta sujeição de nosso processo penal ao princípio do contraditório, embora, ao mesmo tempo, ao princípio inquisitivo.

O acusador postula a acusação, determinando, desde logo, na inicial, “o fato e suas circunstâncias”, para que, tendo conhecimento dessa exposição liminar, possa o acusado defender-se com conhecimento de causa. Isso assim é, *embora, no exercer a prerrogativa acusatória, haja o acusador de submeter-se, desde logo também, às exigências da realidade: é limitado por tais exigências que não pode êle ser omisso, em relação às circunstâncias do fato judicialmente verificáveis; são elas que, através do ofício do juiz, acabam regendo, em última análise, o critério da acusação.*

O critério da acusação é, assim, o da verdade real, ao contrário do que ocorre nas ações cíveis e comerciais, em

geral (ressalvados os casos em que intervém o Ministério Público), nas quais o critério das partes corre, livremente, ao sabor do poder dispositivo que o autor e réu, mediante a litiscontestação, exercem sôbre o conteúdo da causa e objeto da jurisdição.

6. Mas o exercício do poder inquisitivo judicial, de regência da postulação processual penal mediante as circunstâncias da verdade real patenteadas ao juiz durante a instrução criminal, não exprime o único meio de subordinar-se o processo penal ao princípio da verdade real, subtraindo-se ao princípio da verdade formal (ou, por outras palavras, aos vínculos da litiscontestação). *Acautela-se a justiça contra o arbítrio acusatório, à entrada mesma da ação, mediante a indispensabilidade do corpo de delito, nas infrações que deixam vestígios, bem como, sob certo aspecto, mediante liminar demonstração, embora implícita, na denúncia ou queixa, de que não se trata de denúncia caluniosa, temerária ou leviana.*

7. Em suma, acham-se as partes, no processo penal, vinculadas por tal forma à verdade real, que ao juiz, e não a elas, é que incumbe definir, segundo sua convicção, os termos da questão, como deveriam postular-se, e os meios de prova, como haveriam de produzir-se. Essa incumbência reflete o poder-dever inquisitivo de o juiz decidir: a) segundo as alegações das partes, apenas e tão só quando o que elas postulam se revela conforme a verdade real, ou quando pôsto por êle de conformidade com a verdade real; b) e com fundamento nas provas produzidas pelas partes, apenas e tão só quando conformes às exigências de demonstração dessa mesma verdade real, ou quando postas por êle de conformidade com tais exigências.

A doutrina dá o nome de princípio da verdade real à regra em razão da qual o juiz vela pela conformidade da postulação das partes com a verdade real, a êle revelada pelos resultados da instrução criminal.

8. A história do direito processual penal brasileiro mostra a sua evolução, confirmando o respeito secular de nossos legisladores, daqui e de ultramar, ao princípio da verdade real.

Com efeito, é da tradição do direito processual penal brasileiro, carreada do direito canônico para o direito português, que ninguém pode ser coagido a defender-se judicialmente de acusação criminal que não seja fundada em objetiva existência material de infração e de sua autoria. Assim é que três fases muito nítidas atravessava o processo penal das Ordenações, desmembrado, por assim dizer, em três processos elementares: o primeiro era o processo da formação do corpo de delito, ou mediante exame dos vestígios deixados pela infração (e o objeto do exame então se denominava corpo de delito direto), ou mediante depoimentos de testemunhas (e o objeto das inquirições então se denominava corpo de delito indireto); o segundo era o processo do indiciamento, para pronúncia da autoria, mediante inquirição devassa, que queria dizer inquirição aberta, isto é, sem determinação liminar de indiciado, por destinar-se exatamente a empreender tal determinação; o terceiro era o processo do “livramento-crime”, judicial, contraditório, no qual, segundo as formas processuais cíveis, o réu se defendia da acusação resultante da objetiva existência material da infração, demonstrada pela formação do corpo de delito, e da objetiva ocorrência de sua culpa como autor da infração, demonstrada pela inquirição devassa. O sistema outorgava, pois, ao fato objetivo e à concreta autoria (tanto quanto à lei incriminadora, ao juiz e ao acusador) o atributo de pressupostos processuais, como dados anteriores e exteriores ao processo e condicionadores de sua existência jurídica: juiz, norma penal abstrata, fato e autoria, concretos, bem como legítimo acusador, condicionavam, do ponto de vista lógico jurídico, o válido estabelecimento da relação processual acusatória. Assim é que se lê em PEREIRA e SOUSA que nula é a devassa que não consta de corpo de delito. Como os dicionários ensinam que constar quer dizer

derivar, resultar, tem-se que nula era a devassa que não resultasse de corpo de delito: nunca se deveria instaurar inquirição devassa para descoberta de um assassino sem que antes fôsse indubitável a existência de um assassinado; e nunca se deveria acusar alguém sem que êste fôsse antes regularmente pronunciado autor indubitável (com base em resultados de inquirição devassa) de infração indubitável (com base em corpo de delito). Nesse sistema processual penal, assim sendo, o réu deveria ser acusado não pela discreção do acusador, no compor o libelo crime acusatório, mas pela objetividade da conduta criminosa, o que exprimia a regência tradicional do princípio da verdade real no processo penal brasileiro.

9. Quando, ao advento da independência política do Brasil, o governo monárquico hiperbòlicamente decretou a abolição das devassas, “como se nunca tivessem existido”, não suprimiu a função formadora da culpa que, nesse sistema processual penal, elas representavam, mas apenas suprimiu seu carater secreto, tornando públicas as inquirições; reduziu de trinta para cinco (seria elevado para oito na reforma de 1841) seu número de testemunhas e mudou-lhe o nome para sumário de culpa ou sumário da pronúncia. Quando, depois da Constituição de 1824, o Código de Processo Criminal de 1832 adotou por competência criminal comum a dos jurados e disciplinou o processo comum do juri, o até então chamado “livramento crime” passou a processar-se com oralidade, com imediatidade entre os partícipes da audiência, partes, juiz de direito, jurados, e com concentração dos atos da ação penal na sessão de instrução e julgamento. Mas não se alterou, no sistema, o vínculo da acusação à verdade real, preso que continuou a ser o acusador, no libelo, à formação do corpo de delito e à formação da culpa, como expressões da objetividade material da infração e da autoria.

10. Quando, em 1841, o legislador da reforma processual levada a efeito pela lei de 3 de dezembro, permitiu

que, nas infrações que não deixam vestígios, o corpo de delicto indireto pudesse ser formado concomitantemente com a formação da culpa, não só permaneceu fiel à exigência de demonstração da existência da infração, para válida pronúncia, bem como à exigência de identidade entre a matéria essencial do libelo e a matéria da pronúncia, mas também — e isso é muito importante — permaneceu fiel à exigência do corpo de delicto direto como pressuposto de validade do processo, desde a instauração da formação da culpa, nas infrações que deixam vestígios. Convém notar, além disso, que, nessa ocasião, o legislador pátrio suprimiu a exigência de anterioridade cronológica, quanto aos casos de corpo de delicto indireto, mas não suprimiu a exigência de anterioridade lógico-jurídica, visto como, embora dispensada a prévia formação do corpo de delicto mediante depoimentos testemunhais, a que até então, em tais casos, se procedia antes da formação da culpa, a existência indubitável da infração continuou a ser um dos dois fundamentos da validade da pronúncia e, portanto, da validade do libelo crime acusatório. Nos casos de corpo de delicto direto, continuou a vigorar a exigência de sua anterioridade, quer do ponto de vista lógico-jurídico, isto é, como pressuposto processual, quer do ponto de vista cronológico, como atividade liminar de demonstração da existência objetiva da infração, mediante exame dos seus vestígios permanentes.

11. Eis a lição de PIMENTA BUENO:

“O processo ordinário, segundo sua marcha racional e metódica, tem diferentes periodos ou divisões, que são outras tantas expressões da sabedoria da lei.

Antes de tudo, ou desde que há crime, êle trata de assegurar-se da existência do delicto, e de reconhecer quem seja seu autor e cúmplices, circundando já êsses atos de

fórmulas e recursos convenientes para evitar a opressão: é o processo da formação da culpa, em que se inclui a prisão ou fiança do indiciado.

Formada a culpa, êle determina que o libelo ou ato de acusação seja formulado; que todos os esclarecimentos ou meios de convicção e defesa sejam coligidos; e que se expeçam as providências necessárias para constituir o tribunal: são os preparativos dos debates e do exame.

Finalmente manda desenvolver perante o tribunal a acusação já formulada, contestá-la e debatê-la solenemente, analisar o valor das provas e das circunstâncias agravantes ou atenuantes dos fatos; e então entrega à consciência do juri a decisão: êsse propriamente o processo da acusação.

Segue-se o ato do julgamento ou a sentença, os recursos dela, ou a execução”.

“A informação, instrução ou formação da culpa é a parte preliminar do processo criminal ordinário, a série de atos autorizados pela lei por meio dos quais o juiz competente investiga, colige todos os esclarecimentos, examina e conclui que o crime existe ou não, e no caso afirmativo quem é indiciado como autor dêle ou como cúmplice.

É uma parte indispensável, e como tal reconhecida por tôdas as legislações com mais ou menos modificações.

Em verdade, desde que há crime, torna-se necessário tomar tôdas as medidas conservadoras dos direitos da sociedade, que compreendem os do ofendido. Cumpre capturar os indiciados, salva a fiança; reconhecer todos os elementos e circunstâncias do delicto, segurar e preparar todos os meios da acusação e convicção, pois que aliás seria enervada a ação da justiça.

Por outro lado, não basta um indiciamento qualquer; é preciso que êle seja procedente, pois que seria opressivo e violento sujeitar o cidadão ao dezar da prevenção, a sofrer

em sua liberdade, enfim, aos graves incomodos de uma acusação, sem razão muito suficiente para tal sacrifício”.

O grande jurista pátrio, que dá essa lição, escrevia na vigência da lei de 3 de dezembro de 1841, antes da reforma de 1871, e, portanto, a um tempo em que delegados e sub-delegados de polícia exerciam funções de juiz formador da culpa.

“A principal missão da polícia judiciária — dizia êle — é de indagar dos crimes e de seus autores e cúmplices, de coligir todos os esclarecimentos necessários, e de provocar a ação criminal, ou concorrer nos termos da informação ou instrução segundo as atribuições que a lei confere-lhes em relação às diversas espécies de delitos.

Como entre nós os delegados e sub-delegados de polícia acumulam, em relação à maior parte dos crimes, as atribuições de juizes da instrução, a primeira diligência que deve ser feita é a do corpo de delicto, ao menos desde que o fato criminoso deixou vestígios.

Corpo de delicto é a demonstração ou comprovação judicial da existência do crime ou *fato* que se considera criminoso, *com tôdas as suas circunstâncias, que devem ser cuidadosamente examinadas e descritas*, pois que êsse todo é a base do procedimento criminal. Sem se saber e provar que há crime como processar o criminoso? Sem se conhecer bem quais as circunstâncias do delicto, como qualificar depois exatamente a natureza e gravidade dele? O corpo de delicto é quem atesta a culpa, as testemunhas o delinquente, como dizia o nosso alv. de 4 de setembro de 1765.

Nos delitos de fato permanente, ou que deixam vestígios depois de si, a inspeção ocular e exame especial é de absoluta necessidade, e como tal prescrito pelo cod. arts. 134 e seg., lei art. 47, regul. art. 256. A falta dele anula o processo Per. e Sz. § 48 e nota 128. Entretanto no caso de homicídio occulto ou de outros crimes, cujos vestígios

tenham sido destruídos ou postos fora da possibilidade de uma inspeção ocular ou exame especial, não há remédio senão proceder-se a êle indiretamente, fazendo constar isto mesmo. Recolhem-se então todos os indícios que se possam ainda descobrir, e todos os testemunhos ou depoimentos que supram a falta da própria inspeção ou exames regul. arts. 257 e 264.

Como nos delitos de fato transeunte o crime não deixa vestígios, e por isso não é possível atestá-lo senão pelo depoimento de testemunhas, a nossa lei ordena que, em vez de serem estas inquiridas somente sôbre a existência do crime, sejam desde logo ou conjuntamente perguntadas sôbre o autor dêle, servindo em tal caso de base para o processo a queixa, denúncia ou declaração circunstanciada, que deve ser feita pela autoridade: regul. art. 257”

12. O eminentíssimo JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, completando essa lição, é inexcedível. Invoca, antes de mais nada, a autoridade de FARINACIO: “*O primeiro requisito do inquérito é a prova do corpo do delito. E se Julio Claro disse que, para proceder-se à inquirição, basta a querela ou acusação, podendo de outro modo constar o corpo do delito, isto deve ser entendido nos delitos de fato transeunte, que não deixam vestígios. . Do corpo de delito deve constar não só o fato como a qualidade do fato, isto é, não só o fato, como as qualidades que constituem o fato como delito. . O corpo do delito deve ser provado antes da inquirição, da prisão e da tortura*”. E, depois de citar tópicos de VANGUERVE e de PEREIRA E SOUZA, refere que a citada lei de 3 de dezembro de 1841, “*sem que abolisse a necessidade do corpo de delito indireto, apenas determinou que fosse êle feito no mesmo processo do sumário ou formação da culpa. O decr. n.º 4824 de 22 de novembro de 1871 trouxe a isto uma alteração, determinando que o corpo de delito indireto pode ser feito no inquérito policial*”.

Conclui o mestre dos processualistas:

“Assim, no direito atual, a ação penal pode ser proposta com o corpo de delito ou sem êle. *Mas, isto deve ser entendido nos casos em que o delito não tenha deixado vestígios ou dele sòmente se tiver notícia quando os vestígios já não existam*; porque, nestes casos, o juiz da formação da culpa deverá proceder à inquirição das testemunhas do sumário, sem necessidade de uma inquirição especial para se verificar prèviamente a existência do delito.

Em todo o caso, *o corpo de delito indireto pode ser feito no inquérito policial; e o corpo de delito direto, isto é, uma vez que o crime seja da natureza dos que deixam vestígios, é sempre o ato mais importante do inquérito policial*, porque compreende todos os elementos sensíveis do delito, quer próximos, quer remotos”.

Valham essas considerações para demonstrar, à sociedade, que, no sistema processual penal brasileiro, para validade do processo penal “é necessária atualidade do fato e culpabilidade de um agente, é imprescindível, em suma, uma decisão judicial que determine culpa sujeita à acusação criminal”.

“No sentido amplo, continua o mestre, *formação da culpa* tem lugar em todos os processos criminais; mas, no sentido restrito e técnico, formação da culpa só tem lugar nos processos dos crimes em que o réu se livra preso ou afiançado” (diríamos hoje: “nos processos de competência do júri”). “Este duplo sentido foi assinalado, por ocasião de ser discutido o projeto da lei n.º 2.033, de 20 de setembro de 1871, pelo ministro da Justiça SAYÃO LOBATO (depois, visconde de Nictheroy), que, conquanto usasse da locução equívoca — *crimes comuns* — assim manifestou a distinção”. E cita as palavras do ministro da Justiça, como lição que merece acatamento: “*Formação da culpa é qualquer*

informação legalmente suficiente para determinar culpa sujeita a acusação criminal". Mas, ao passo que "a formação da culpa nos crimes comuns tem uma ordem pautada na lei", tal ordem não se aplica à "formação de culpa nos crimes policiais; e, por isso, quando se quer especialmente tratar da formação da culpa com aquela ordem de processo em que cabe pronúncia, se diz "formação da culpa nos crimes comuns"

Segue-se, mais para diante, na lição do mestre, aquilo que mais importa: "Êste processo da formação da culpa, ao qual Pimenta Bueno deu o nome de sumário da pronúncia e ao qual o decreto n.º 4.824, de 22 de novembro de 1871, deu o nome de sumário de culpa, contém os seguintes atos: 1.º (note-se bem: o primeiro de todos!) *o inquérito policial, como instrumento da queixa, da denúncia ou do procedimento de ofício*; 2.º. *o auto de corpo de delito, em separado, se já não estiver contido nas diligências do inquérito policial. . etc.*".

13. Donde se conclui que ninguém, no Brasil, pode ser acusado sem prévia formação da culpa, no sentido amplo, em tôdas as infrações penais; assim como não pode ser acusado, sem prévia formação de culpa, em sentido estrito ou sumário de culpa, e pronúncia, nos crimes de competência do tribunal do juri (antes do atual Código de Processo Penal, nos crimes afiançáveis e inafiançáveis, fossem da competência do juri, fôssem da competência do juiz singular).

Tais considerações ostentam a preocupação secular de nossos legisladores, de hoje e de ontem, de acautelar a inocência e a Justiça contra as acusações infundadas, levianas, temerárias e caluniosas, mediante a liminar apuração do fato e da autoria, com colheita de tôdas as provas que servirem "para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias".

14. Com efeito, ainda é por isso e para isso, que o Código de Processo Penal em seus artigos 4.º e 5.º, inciso III, assinala, como *fim do inquérito policial*, "*a apuração*

das infrações penais e da sua autoria”, bem como dever da autoridade policial “*colher tôdas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias*”.

É por isso e para isso, ainda, que “o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que *servir de base a uma ou outra*”, consoante dispõe o mesmo código, no art. 12.

É por isso e para isso que, no art. 16, o legislador alude a *diligências “imprescindíveis ao oferecimento da denúncia”*, únicas que autorizam a devolução do inquérito policial à autoridade policial, a requerimento do Ministério Público.

É por isso e para isso que consta do art. 18 que o juiz ordenará o arquivamento do inquérito, a requerimento do Ministério Público, é certo, mas “*por falta de base para a denúncia*”; e que, completado o espírito da lei, consta, ainda, do mesmo dispositivo que, no texto, “*falta de base*” significa *falta de provas*, a julgar da cláusula complementar do dispositivo, a qual estatui que “a autoridade policial poderá proceder a *novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia*”.

É por isso e para isso, afinal, que o juiz, no apreciar o pedido de arquivamento, há de, em virtude do art. 28 do Código de Processo Penal, usar do poder de “*considerar improcedentes as razões invocadas*” e de pedir a interferência do procurador geral da justiça penal. O que, sem dúvida alguma, exprime um julgamento de mérito das *provas, as quais êle entende suficientes* e que o promotor público suplicante *entende insuficientes para a acusação dedutível na denúncia*.

15. É certo que o insigne mestre JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR reconhece que as exigências concernentes ao corpo de delicto indireto não são tão rigorosas como outrora. E que mesmo as relativas ao corpo de delicto direto já não são tão irritantes como antigamente (assim é que se considerava nula a inquirição-devassa não precedida de pro-

cesso prévio de formação de corpo de delito direto ou indireto, bem como nulo o processo do livramento-crime não precedido de pronúncia, fundada em inquirição-devassa, e de corpo de delito). Mas o abrandamento de rigor corresponde, sem dúvida alguma, às alterações concernentes à doutrina geral das nulidades processuais, alterações essas absorvidas pelo direito processual moderno. Projetadas elas no âmbito do direito judiciário penal brasileiro, fazem sentir sua influência mitigadora sobre o rigor antigo da indispensabilidade do corpo de delito, mas não suprimem, de modo algum, essa indispensabilidade. Dessa influência abrandadora resulta que já não se pode mais, indiscriminadamente, anular um processo *ab initio*, por falta de liminar formação de corpo de delito, enquanto seja possível, no curso da instrução criminal, preliminar, ou mesmo no curso de instrução definitiva (quando a instrução preliminar não seja judicial, qual acontece nos processos de competência do juiz singular), proceder-se a essa formação de corpo de delito e, por meio dela, atingir-se, positivamente, a existência objetiva material da infração, de modo que não se possa duvidar de que realmente tenha sido cometida. Entretanto, se o resultado da formação tardia do corpo de delito, durante a instrução criminal, for de caráter negativo, em crime que deveria deixar vestígios, demonstrando-se assim a inexistência da objetividade material do fato, a nulidade absoluta do processado prevalece, não obstante o disposto no art. 386, incisos I e II, do Código de Processo Penal, aplicável restritamente aos casos de corpo de delito indireto.

16. Convém frizar, também, que as exigências concernentes à prévia formação da culpa, ou prova liminar da autoria, também se modificaram. Mas a modificação operada pelo vigente Código de Processo Penal, e restrita aos processos de competência do juiz singular, não consistiu senão na dispensa do caráter judicial da instrução preliminar formadora da culpa, a qual, em tais processos, se faz, hoje, apenas e tão só, no inquérito policial, por expressa

menção, do Código de Processo Penal, àquela finalidade de “*apuração das infrações penais e de sua autoria*”

Paradoxalmente, essa modificação ocorreu na vigência da Constituição de 1937, que foi, dentre nossas Constituições, a primeira que declarou direito individual a *instrução criminal “contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa”*. O novo dispositivo constitucional representou um imperativo, para o legislador ordinário, mais rigoroso do que a mera exigência preliminar de formação da culpa, como condição legal de acusação criminal, visto como, mandando que as acusações dependessem de liminar formação da culpa, não só exigia que esta fôsse contraditória, mas também declarava que seria ela indispensável.

Tal evidente inconstitucionalidade, de que se ressentite a supressão do sumário de culpa nos processos de competência do juiz singular, empreendida pelo código de processo, não pode ser tomada, além disso, pelos juizes e pelos tribunais, por mais do que foi, isto é, por mais do que mera supressão do carater judicial da formação da culpa. *Não pode ser considerada, pela jurisprudência, como supressão mesma de secular garantia de direitos individuais*, vigente no Brasil e em Portugal desde tempos imemoriais, antes mesmo de o Estado de Polícia, por obra e graça da revolução francesa, ter se transformado no Estado de Direito!

17. Nos processos de competência do juiz singular, a denúncia ou queixa, ato escrito de acusação, funciona como libelo acusatório. Merecem mesmo as correntes denominações de denúncia-libelo e queixa-libelo. O contrário ocorre nos processos de competência do tribunal do juri, nos quais a função da denúncia ou queixa, mero pedido de licença para acusar, aprovável pela pronúncia ou desaprovável pela impronúncia, não se confunde com a de um libelo acusatório.

18. Em suma, de acôrdo com aquela exigência constitucional (que confirmou em direito positivo o que já era da nossa tradição), mantida aliás pela vigente Constituição de 1946, os aludidos dispositivos do Código de Processo Penal não autorizam a menor dúvida de que não se pode acusar ninguém, no Brasil, seja por libelo-crime acusatório formal (nos processos de competência do tribunal do juri), seja por libelo-denúncia ou libelo-queixa (nos processo de competência do juiz singular), sem prévia formação da culpa. Apenas, nos processos de juri, a acusação deduzida no libelo formal assenta, através da pronúncia, em formação da culpa judicial e contraditória, ao passo que a acusação, nos processos de juiz singular deduzida no libelo informal — denúncia ou queixa — assenta, através do recebimento da inicial, em formação da culpa policial e inquisitiva. Esta, segundo o texto expresso do art. 4.º do Código de Processo Penal, tem, por isso, o escopo de “*apuração das infrações penais e da sua autoria*”

19. Inaplicável ao direito brasileiro se mostra qualquer raciocínio concernente à *denúncia* do direito italiano. Esta se apresenta ao Ministério Público, para, sob influxo do princípio de necessidade do procedimento penal, dar-se início à instrução criminal sumária ou à instrução criminal formal. A instrução criminal sumária constitui tarefa de Ministério Público; e a instrução formal, do juiz de instrução. E o grande EDUARDO MASSARI explica: “L’istruzione costituisce l’istituto processuale piú caratteristico, per cui il processo penale si differenzia da ogni altro procedimento civile e amministrativo, ove non ricorre alcuna deliberazione della fondatezza della domanda prima che si faccia luogo al giudizio. Esso presenta un duplice rito, poichè la legge ammette e disciplina un procedimento istruttorio *formale* e un procedimento istruttorio *sommario*”.

Falando, depois, do “giudizio de prima cognizione”, que se segue ao “rinvio in giudizio” (que corresponde à nossa pronúncia), explica: “La fase giudiziale del procedimento di accusa costituisce, come abbiamo detto, il se-

condo momento: un momento, cioè che, almeno in via di regola, è preceduto dalla fase della istruzione e che presuppone, quindi, che le prove raccolte in quella prima fase preparatoria abbiano raggiunto un notevole grado indiziante si da autorizzare l'intervento del giudice per la cognizione piena e definitiva dell'accusa".

A *denúncia*, sendo iniciadora da instrução preparatória italiana, corresponde, assim sendo, não à nossa "denúncia", mas à *comunicação* da notícia da infração à autoridade policial, que desempenha, em nosso sistema de processo penal, a função do juiz de instrução italiano: desempenha-a completamente nos processos em que não há formação da culpa judicial, ou sumário de culpa; desempenha-a parcialmente nos processos em que, havendo formação da culpa judicial, ou sumário de culpa, êste também se integra na fase instrutória, e, por isto mesmo, o juiz da pronúncia também é verdadeiro juiz de instrução.

20. O zêlo do direito processual brasileiro pela inocência é tão intenso que, mesmo essa denunciação à polícia depende, para operar, de que seja, pela autoridade policial, liminarmente, para instaurar inquérito, "verificada a procedência das informações"; e, nesse zêlo, vai mesmo ao ponto de considerar como crime de "denunciação caluniosa", com grave cominação de pena (2 a 8 anos de reclusão e multa de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 10.000,00), "dar causa a instauração de investigação policial. contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente" (art. 339 do Código Penal), bem como crime de "comunicação falsa de crime ou de contravenção", com menor cominação de pena (1 a 6 mêses de detenção e multa de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 2.000,00), "provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter verificado".

21. Cabe ponderar, outrossim, que há verdadeira inversão lógica em afirmar-se que a "presunção de crime" bastaria para a acusação de alguém, como causa suficiente, quando, ao contrário, ela constitui efeito da liminar

admissibilidade da acusação, imanente no curso da instrução definitiva.

Isso é o que explica, com meridiana clareza, o autorizado EDUARDO MASSARI: “La fase *giudiziale* del procedimento de accusa costituisce, come abbiamo detto, il *secondo* momento: un momento, cioè che, almeno in via di regola, è preceduto dalla fase della istruzione e che presuppone, quindi, che le prove raccolte in quella prima fase preparatoria abbiano raggiunto un notevole grado indiziante si da autorizzare l'intervento del giudice per la cognizione piena e definitiva dell'accusa. Questa situazione caratteristica, che sorge dalla definizione, in sede istruttoria, di tutti quei procedimenti nei quali l'accusa si sia rivelata, fin dal primo momento, infondata o improcedibile o, comunque non soggetta da prove sufficienti, deve essere tenuta presente per risolvere la questione teorica se milita a favor dell'imputato una *presunzione d'innocenza* in tutto il corso del procedimento di accusa e se, in conseguenza, egli possa invocare una condizione di assoluta parità in confronto del pubblico ministero, nella disciplina del processo. Riteniamo che, valutata sul terreno realistico, se discutibile può considerarsi nella fase dell'istruzione il richiamo al principio di una presunzione d'innocenza (il segreto istruttorio e gli istituti coercitivi dimostrano che in verità quella presunzione sia esclusa dall'ordinamento del processo anche nella fase istruttoria), il principio stesso non può assolutamente essere sostenuto rispetto alla fase giudiziale: alla quale, come si è detto, si fa luogo dopo una prima acquisizione delle prove, fatta nella istruttoria, e dopo un primo esame di esse che stabilisce la concludenza dell'accusa promossa dal pubblico ministero. Se una presunzione dovesse mai, nella fase giudiziale, venire in considerazione, essa non protrebbe essere mai una presunzione d'innocenza dell'imputato, ma, se mai, una presunzione della colpevolezza di lui”.

22. Tais tópicos do grande mestre italiano demonstram que, não só no Brasil, mas também na Itália, a admissibi-

lidade de qualquer acusação criminal não deflui de pretensa presunção de culpabilidade, mas ao contrário, gera, do ponto de vista técnico processual, a referida presunção de culpabilidade, exatamente porque, lá e aqui, uma vez que não se admitem acusações senão por fatos existentes, e por autoria indubitável, não se aceita também, como razoável, a presunção de inocência dos já acusados.

E cabem maiores considerações: “sarebbe caotico e aleatorio quel processo penale, nel quale se addivenisse al dibattito senza preparazione”, afirma FLORIAN, em seu “Diritto Processuale Penale” “Tale fase é rappresentata dall’*istruzione* detta anche *istruzione preparatoria*”. Dentre seus escopos, o primeiro assinalado pelo mestre italiano é que “l’*istruzione preparatoria* serve ad accertare *se un reato fu commesso, ad identificarse l’autore ed i partecipi*, a persuarede *se vi sono elementi a meno sufficienti pel giudizio*. Insomma serve a provvedere il materiale necessario per addivenire alla conclusione se debbasi procedere o prosciogliere senz’altro”. E, falando da “denúncia”: é ela “comunicazione della notizia di reato, che la parte lesa o un terzo qualunque apporti o trasmetta ad organi abilitati a riceverla” e a requererem ou darem inicio à instrução preparatória.

Quanto ao encerramento da instrução preparatória: “Il modo, come si attua la chiusura dell’ *istruzione formale*, rappresenta il modo tipico e fondamentale di chiusura della *istruzione* mediante un *giudizio d’accusa*, che si svolga con le forme del contraddittorio e della pubblicità per le parti” A instrução formal, como ficou exposto acima, é aquela que cabe ao juiz de instrução; a instrução sumária é aquela que pode ser feita pelo Ministério Público, sem intervenção do juiz de instrução. Mas, ressalta FLORIAN: “In parte sulla precedente si modella la chiusura dell’*istruzione sommaria* del Procuratore del Re”. Quando il P.M. ritenga che debba farsi il processo, e cioè che l’imputato venga inviato a *giudizio*, egli vi provvede di per sé e senz’altro, con la richiesta al presidente del tribunale

o della Corte d'Assise di ordinare la citazione a giudizio (art. 396). Se ritiene, invece, che l'imputato debba prosciogliersi, egli non può provvedervi, ma deve richiedere al giudice istruttore od alla Sezione istruttoria la correlativa sentenza di proscioglimento: il magistrato istruttore può accogliere o respingere tale domanda. Se l'accoglie, pronuncia senz'altro il proscioglimento; se la respinge, l'istruzione sommaria si trasforma in formale”.

Fazendo sua “valutazione critica” do instituto da instrução preparatória, o grande penalista e processualista pergunta: em que medida convém “il metodo di una decisione giurisdizionale, che chiuda l'istruttoria, col proscioglimento o con l'invio a giudizio”? Em que medida seria preferível “che l'imputado venga tratto al giudizio senz'altro, per opera del P.M. e senza intervento di giudice”? E responde: “una qualche istruzione preparatoria non ci si può dispensare”; “l'gano meglio in grado di provvedere alla stessa” é o judiciário; “l'attività autonoma ed esclusiva d'un accusatore, sia publico o privato, non offre garanzia sufficiente, nè appaga l'interessato, al quale parrà sempre unilaterale”.

Mas êle desejaría que o direito italiano resguardasse ainda melhor os interesses da inocência e da Justiça contra as acusações infundadas: “Un criterio direttivo di fondo suggerisce qui la considerazione, che il dibattimento e un grave disagio, una assilante preoccupazione, un turbamento, un dispendio: donde la esigenza d'interesse pubblico che, fin dove é possibile, le assoluzioni avvengano nella fase istruttoria. *Naturalmente questa dovrebbe assumere una piú larga e sincera forma accusatoria, consentendo una meno avara partecipazione della difesa* (observe-se que o eminente professor italiano aspira para a Itália inovação que nossas últimas duas Constituições e o Código de Processo Penal vigente nos processos de juri realizaram no Brasil: a contrariedade na instrução criminal preparatória, mediante a contrariedade no sumário de culpa). Uma síntese dessas explicações indica que também na Itália a

acusação criminal depende de um juízo prévio de acusação, que se funda, de regra, em instrução criminal judiciária, embora não contraditória, e, em certos casos, em instrução do Ministério Público, com auxílio da Polícia, e depende, entretanto, sempre, de apreciação judiciária, para a “chiusura dell’istruzione” com “proscioglimento”.

23. Mais do que isso, porém, convém apontar.

A “richiesta di citazione”, que, essa sim, corresponde à nossa denúncia, além de fundada em instrução preparatória, de conteúdo probatório positivo, submete-se, antes de mais nada, a um julgamento liminar, “facoltà attribuita all’organo giurisdizionale di procedere senz’altro al proscioglimento dell’imputato”, para os fins expostos no art. 421 do Código de Processo Penal Italiano. Com o que “si afferma qui pure il principio generale, che felicemente campeggia in tutto il processo, secondo cui le cause di non punibilità e di estinzione del reato o d’improcedibilità debbono essere dichiarate al più presto possibile, a tutela dell’innocenza dell’imputato ed a riconoscimento della verità dei fatti”.