

A ação penal sem limites

**Apanágio da Teoria Geral do Processo,
profligada – também – por
Rogério Lauria Tucci**

Caio Sérgio Paz de Barros
*Professor Doutor pela
Faculdade de Direito do Largo São Francisco - USP*

Este artigo foi publicado pela Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal n. 99, edição Agosto-Setembro, p: 56, revista especializada às Superiores Cortes sob a égide do Grupo Editorial SAGE. Antes desta, o texto emergiu apresentado à Revista do Advogado – Edição AASP, jazendo em berço esplêndido por mais de dois anos.

Quedara-se criado à memória de Rogério Lauria Tucci que, infelizmente, deixou-nos em meados de 2014, após excelente contribuição ao Direito Processual, conforme relatamos na abertura de nosso “Introdução ao estudo dos processos. Profligando uma teoria geral”, 2001, ou seja, que o falecido Catedrático da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP, seguramente, foi o maior Processualista Penal da segunda metade do século XX, entre nós brasileiros.

Mas, estranhamente, a Revista – ainda – não vingou. Pai do atual Diretor da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP, que também foi Presidente da AASP, entendemos que a Edição em Homenagem a Rogério Lauria Tucci deveria ter sido publicada em março de 2015. Talvez o nosso texto tenha emperrado a publicação, não por culpa do Homenageado que nutrimos gaúdio de acompanhar durante dez anos – pelo menos – nos cursos de posgraduação da USP, e cinco anos auxiliando-o perante os alunos da graduação.

Entrementes, no início da década de noventa grassamos os nossos estudos a profligar a Teoria Geral do Processo, naqueles idos, apanágio único do Catedrático da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP Rogério Lauria Tucci. Aliás, em unísono, o grande Tucci justificava a inexistência de uma teoria que abarcasse os processos civil e penal.

Hoje suportamos o apanágio dessa anomalia de conceber as mesmas regras a situações tão distintas, o processo público que reflete à segurança da população, passando pelo Direito de Família, Ambiental, Administrativo, Tributário e parte Trabalhista; e o processo privado que trata de negócios entre pessoas. Esses negócios, pasmem alguns, tocaram – outro tanto – normas penais, emergindo a Lei n. 9.099/95, profligada por Tucci, enquanto vaticinou a consequente impunidade fomentada pela norma.

O que o “Velho Tucci” diria do contrato para incriminação de outrem, com cláusulas de delineamento para a imputação de pessoa que nutrirá a informação pela mídia e a oportunidade de manifestação (contraditório) somente perante o Estado-juiz, após tudo acertado com os agentes do Estado? Pois é... **A DELAÇÃO PREMIADA nutre natureza jurídica de contrato (negócio cível), apartado da garantia fundamental do contraditório, homologada por um dos ministros, no caso da “Lava-Jato”, da Excelsa Corte, que nega a própria Constituição da República.**

De outra banda, contagiados pela verve do Catedrático, embarcamos em sua idéia maior de refutar a teoria geral do processo, galgando o ápice com a publicação de nosso opúsculo: “Introdução ao estudo dos processos. Profligando uma teoria geral”, publicado em 2001.

Desde a época de nosso laboratório com o Festejado Tucci quedamo-nos **sensibilizados com os nefastos resultados da teoria geral do processo** copiada dos italianos, naqueles idos, com o escopo de homenagear o falecido Professor Enrico Tullio Liebman, principalmente **a famigerada doutrina das condições da ação.**

Essa a principal contradição do termo instrumentalidade, também copiado dos italianos (intuído por Elio Fazzalari), resulta em nossas críticas de propalar a marginalização do rigorismo processual, asserindo, com todas as letras, que o processo queda-se a realizar o direito material; porém, a cada reforma processual a teoria “das condições da ação” emerge reiterada. E, nunca pensado o seu banimento. Aliás, a teoria “das condições da ação” caracteriza-se por ser o próprio mérito processual, vale dizer, a forma de decidir “o processo” sem – pelo menos – questionar o direito material.

A isso conclui-se: “a instrumentalidade do processo” tipifica-se pela contradição de negar as formas e enaltecer a absurda doutrina das condições da ação. É que essa teoria fomenta, com todas as letras, o direito material como protagonista da tutela jurisdicional. A balela de “o processo quedar-se como simples **instrumento** à realização do direito material”, enquanto a teoria “das condições da ação” caracteriza-se como forma de negar este direito material. Aliás, nem se nega, apenas não se aprecia (o direito material).

Esse mau vezo de reprimatar o importado provocou esse caos na segurança pública, problema maior da atualidade brasileira.

No presente momento os resultados emergem cristalinos, cotejando-se a produção dos tribunais, quando, com o escopo de negar o Direito, o desembargador, ou ministro, ressalta: “... para militar a nulidade o réu deve provar que suportou prejuízo¹.”; muitas vezes referindo-se a sua condenação. Será que esta condenação não emergiria a caracterizar o prejuízo?

Nisso uma das aberrações incrementadas mediante outro título: “a instrumentalidade das formas”, apanágio da teoria geral do processo, ou seja, se a condenação foi obtida, desútil ao Direito questionar a forma à “obtenção” deste decreto, os atos que conduziram a esta sentença penal condenatória ou, pelo menos, a inversão: “o acusado (normalmente propalam réu) deveria provar o prejuízo a refazermos a instrução e evitar a sua condenação”.

Disso trataremos nessas mal traçadas linhas; condenando as reformas de afogadilho, que, em 2008 recebeu a famigerada doutrina das condições da

¹ Processos civil e penal, apesar deste, ou seja, ao processo penal o pólo passivo caracterizar-se pela semântica de acusado, não réu, mais uma figura da teoria geral do processo.

ação, possibilitando a reinstauração da instância, conforme nosso labor em artigo publicado no ano de 2010²

Caldo de intenções, analisaremos os reflexos contrários da teoria geral do processo, distinto de idéias fixas no Processo Penal enquanto Direito Público, que, a partir de Crisafully e Dworkin, idealizadores da moderna principiologia, o Catedrático arquitetou o Processo Penal, considerando-se o princípio publicístico, emergindo as demais orientações como regras, por exemplo, contraditório, inquisitividade, verdade material, compulsoriedade da ação penal, conforme escólios em: “Princípio e regras orientadoras do moderno processo penal brasileiro”.

Descortino ímpar que permitiu a nossa sistematização do Direito Processual em: “Introdução ao estudo dos processos. Profligando uma teoria geral”, Edmor: SP, 2001; enquanto no quarto capítulo comparamos os princípios e regras que orientam os processos penal e civil, cotejando a disponibilidade do direito em causa, conforme delinearemos nos últimos tópicos.

Esse texto colima ofertar as respostas negativas que emergem da aplicação da – por exemplo – doutrina das condições da ação, arquétipo da generalizante imposição de aplicar as mesmas regras a modelos tão distintos (processos penal e civil).

Ao processo civil emerge como forma de negar o direito material, criando – já o dissemos – o mérito processual, vale dizer, maneira anômala de negar o pedido do autor, articulando desculpa vil para não analisar o mérito da ação, por exemplo: carência de ação por ilegitimidade da parte, possibilitando a repositura da ação, mediante aguardo de mais oito anos pela prestação jurisdicional.

O pior emergiu mediante a sua transposição ao processo penal, tornando instável a situação do acusado, pois, nem absolvido, tampouco condenado, permitindo – inclusive – a reinstauração da instância, conforme a nossa análise tópicos adiante.

Aqui o nosso basta, pelo menos momentâneo, a comentar as contradições dessa doutrina das condições da ação. Intuindo, a partir de agora, casos específicos de **a teoria geral servir a marginalizar o Direito e, muitas vezes, condenar inocentes.**

1. Delação na ausência do imputado

Assim como o desmembramento da ação penal (propalado: desmembramento “do processo”) exige o refazimento de toda a prova perante o “acusado tardio”, a incriminação de co-acusado em interrogatório, ainda se extrajudicial (oitiva do imputado na delegacia), deve ser conferido o contraditório, permitindo a possibilidade de o defensor do incriminado questionar o delator.

Ambos os atos, prova emprestada e delação de co-incriminado, devem ser orientados mediante a incidência da garantia fundamental do contraditório. E, o contraditório não pode ser legado após o contrato de incriminação, com todos os pontos acertados com os agentes do Estado, o espúrio acordo do covarde com o “titular” da ação penal, onde este estrutura a história para

² Revista Quinzenal de Jurisprudência da Editora IOB.

aquele beneficiar-se cumprindo penas em suntuosa mansão, recebendo todos os amigos, e curtindo a sua linda esposa. Tudo isso adquirido com o dinheiro do contribuinte que, na verdade, é o “dono” do processo penal, não os agentes públicos.

O membro da sociedade contribui com impostos, ao pagamento dos agentes públicos que excogitam a titularidade da ação penal e, “donos do mundo” barganham a incriminação de outrem a tipificar o contrato de “delação premiada”, longe das vistas do incriminado que nutre o Direito ao contraditório.

É dizer, a Constituição da República, em seu artigo 5º. inciso LV, impinge a participação ativa do co-acusado delatado no interrogatório, também em sua oitiva extrajudicial, no termo de flagrante ou no inquérito policial. Esta participação deve conferir a possibilidade de reperguntas e exigência de pleno delineamento dos fatos que incriminam o delatado, desde a sua incriminação perante o delegado, nas investigações preliminares.

Lembramos de nossas primeiras audiências em sede penal, momento que constatávamos a isenção do Estado-juiz, enquanto impedia o patrocínio por único advogado quando militava a colidência de defesas,. A “delação premiada” permitiu que advogada patrocinasse dezoito delatores, que festa!!!

Versamos a delação em nosso livro publicado em 2005 pela IOB-Thomson, sob a epígrafe: “O contraditório na CPI e no inquérito policial”. E, já naqueles idos, profligávamos a possibilidade de delação sem o contraditório ao delatado.

Garantia que deve ser observada desde as primeiras palavras contrárias ao incriminado.

A delação tipifica-se mediante a incriminação, por co-imputado ou co-acusado, principalmente nos interrogatórios, enquanto o próprio interrogando assume – pelo menos – parte da culpa, e irroga a outrem a participação conjunta.

Para Camargo Aranha a delação “somente ocorre quando o acusado, ou imputado, também confessa, porque, se negar a autoria e atribuí-la a um terceiro, estará escusando-se e o valor da afirmativa como prova é nenhum. (...) o elemento essencial da delação, sob o prisma de valor como prova, é a confissão do delator, pois com a escusa de modo algum pode atingir o terceiro apontado.”.

Não é outro o pensamento de Mittermayer: “o depoimento do cúmplice apresenta também graves dificuldades. Têm-se visto criminosos que, desesperados por conhecerem que não podem escapar à pena, se esforçam em arrastar outros cidadãos para o abismo em que caem; outros denunciam cúmplices, aliás inocentes, só para afastar a suspeita dos que realmente tomaram parte no delito, ou para tornar o processo mais complicado ou mais difícil, ou porque esperam obter tratamento menos rigoroso, comprometendo pessoas colocadas em altas posições.”.³

Sem prejuízo dos entendimentos versados e, roborando à síntese, afirmamos que a delação, considerando-se os regramentos constitucionais do contraditório e da ampla defesa, só possui valor se produzida mediante **participação do defensor do incriminado**, por meio de reperguntas e possibilidade de refutar todo o articulado em desfavor de seu constituinte⁴.

³ “Tratado das provas em direito criminal”, p. 295.

⁴ HC 9850/SP; “Habeas Corpus” (1999/0053944-3) - Diário de Justiça em 16.11.1999 - p. 232, decisão em 18.10.1999, Superior Tribunal de Justiça - Sexta Turma. Ementa: “Penal. Sentença condenatória -

E, complementando o vaticínio, Camargo Aranha aduz: “depois, não é testemunho, pois como testemunhante somente podem servir aqueles equidistantes das partes e sem interesse na solução da demanda, o que não acontece com o delator.”.

Roborando aos entendimentos escandidos, aduzimos que, a “prova” emprestada e a delação, não bastam como meios probantes, caso não conferido o contraditório indisponível. E, a participação do advogado do incriminado deve emergir desde a primeira palavra incriminatória, e não após um contrato de benefícios de obtemperada a delação, mediante ingente prêmio (Cerveró foi comer *paella* em sua mansão). Absurdo!!!

Ocorre que o vezo forense negava a participação de co-acusados no interrogatório – imputado, enquanto oitiva em delegacias – propalando que este ato “queda-se entre o acusado e o juiz” (ou delegado), não militando a possibilidade de o co-incriminado, por meio de seu defensor, participar do ato.

De outra banda, a prova coligida sem o crivo do contraditório, sem a oportunidade de o incriminado manifestar-se, resta eivada pela ilicitude da inobservância da norma constitucional. Macula os atos subsequentes, impedindo o seu aproveitamento.

Vimos, recentemente, um dos maiores Juristas da atualidade, Roberto Delmanto Júnior, Estudioso que articula acerca de diversos assuntos perante os espectadores do “Jornal da Cultura”, um dos membros da família Delmanto que representa o maior Clã do Direito em nosso País, asserir que a delação premiada queda-se válida mediante a participação do advogado **do incriminador**.

Não concordamos com o Culto Jurista, a delação somente possui valor, e diminuto, mediante a participação ativa do advogado do incriminado e, desde a primeira articulação contrária aos desígnios deste.

Escolindo pontuamos, quando ouvido pela primeira vez perante o delegado, assim que o delator, não profissional é claro, aduz que fulano gerenciava as empreitadas delitivas, esta oitiva deve ser sobrestada, neste iter, a permitir que este fulano venha participar do interrogatório do incriminador. Este o contraditório válido. O incriminado deve fustigar a incriminação desde o início, logo com as primeiras palavras, pois, depois de tudo combinado, qual a eficiência da incidência da garantia fundamental? Respondemos: nenhuma. Aliás, “uma mentira contada mil vezes torna-se realidade” asseverou Joseph Goebbels, ministro da propaganda nazista, pai da publicidade moderna. E, após decorar a ideal história engendrada por políticos que estão nas polícias e nos ministérios públicos, sem nenhuma validade a discussão mediante a participação do incriminado.

Reiterando a fixarmos idéias, **pugnamos pela participação ativa do advogado nos interrogatórios de terceiros, sucedâneo da delação, ainda que extrajudicial (no termo de flagrante, que é uma das maneiras de**

Prova - DELAÇÃO de co-réu. **Insuficiência para a condenação penal.** *Habeas Corpus*. O juízo de condenação penal deve fundar-se em prova idônea, demonstrativa da existência real do fato delituoso e de sua verdadeira autoria. Não contém validade jurídica a sentença condenatória que tem como único embasamento a DELAÇÃO de co-réu, que não consubstancia prova isenta, demonstrativa da verdade substancial, sob pena de ofensa ao princípio constitucional do contraditório (CF, art. 5o., LV). *Habeas-corpus* concedido. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conceder a ordem de *habeas-corpus*, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir. Vencido o Sr. Ministro Pontes de Alencar. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Hamilton Carvalhido. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Paterson.”.

iniciar o inquérito policial; neste, e nas investigações parlamentares), assim como em juízo.

A delação tipifica-se pela inculpação de outrem com o escopo de exculpar-se, retirando parte, ou integral responsabilidade pelos próprios atos – agora – sob investigação, objeto deste interrogatório, ocasião que este ato (interrogatório) traveste-se em testemunho.

É que, ao depor, ilaqueando culpa alheia, mesmo que parcial, o interrogando presta testemunho. Claro que a característica do testemunho emerge mediante equidistância das partes ou, a plena isenção, constituindo a dicotomia: partícipe (outra intuição de Rogério Lauria Tucci, distinguindo a característica de parte do processo privado a partícipe do Direito Público)⁵ ou testemunha. Mas, de fato, quando o interrogando pratica a delação, presta testemunho dos fatos, ainda que mediante a natureza jurídica de informante.

Nesse sentido, seria macular os regramentos do contraditório e da ampla defesa não permitir reperguntas ao advogado do co-imputado incriminado pelo interrogando na lavratura do flagrante, no termo de declarações ou qualquer peça de investigação (CPI's, inquérito policial, interrogatório judicial, etc.) e perante o Estado-juiz.

A natureza jurídica do "interrogatório", enquanto milita a delação, é de depoimento, conforme o insculpido no art. 204, sob o Capítulo VI do Título VII do CPP, ou seja, o co-imputado, quando em seu interrogatório, ou oitiva na delegacia, incrimina outrem, oferta testemunho; pelo menos sob o aspecto da forma. Claro que, sob a ótica de conteúdo emerge nenhum ou, grosso modo, seria mero informante.

Mas, impossibilitar reperguntas queda-se a negar a natureza jurídica de depoimento ao ato, não restando hábil a produzir efeitos. Não pode produzir resultado, porque realizado apartado do contraditório.

Tanto na presença do Estado-juiz; ou inquirido pelos membros da CPI, ou, de qualquer autoridade, como o delegado de polícia (ou federal), deverá, no caso de delação, a "informação" ser produzida **mediante permissão de participação ativa do defensor do co-imputado delatado** (a redundância serve como escólio), porque único meio de legar valor probante.

A maioria dos trabalhos doutrinários noticia a ausência de valor à delação⁶ ou, o dever de o julgador cotejar toda a prova existente, a considerá-la. Porém, de fato, isto incorre.

Louvando-se nesses mesmos textos, os julgadores conferem valor à delação, muitas vezes condenando com base – apenas – no depoimento de co-imputado, justificando, o decreto condenatório, que "o delator assumiu parte da empreitada delitiva"⁷ e, como tal, a este interrogatório "deve ser legada credibilidade".

Pior: negam a possibilidade de o defensor do delatado executar perguntas ao esclarecimento dos fatos, asserindo que "terceiro" não pode participar do interrogatório.

O não enfrentamento desta questão emerge problemático, pois, em decorrência da gravidade do delito, as autoridades têm admitido a delação, servindo – de fato, não ao Direito positivo – como base à condenação.

⁵ O conceito de parte ao Direito Processual Civil refere-se a disputa pelo todo em juízo. Os dois pólos disputam o todo, assim, cada um nutre parte deste todo. O autor é parte, o réu outro tanto (parte).

⁶ Adalberto Camargo Aranha. *A prova no processo penal*. Saraiva.

⁷ RT 536/309.

O que ocorre em nossos tribunais é a admissão da delação no caso de crimes graves e, negá-la, quando o ilícito se queda de somenos importância. Mas, sobretudo, negam a participação do defensor do co-imputado.

Essas linhas foram transcritas em 2005 na primeira edição de nosso trabalho pela IOB-SÍNTESE-THOMSON, com as ressalvas à “delação premiada”, inconstitucional Lei que referenda o contrato de incriminação, marginalizando o maior interessado que é o delatado.

Importa fixar na mente de todos que, o interrogatório de co-imputado, ainda que aquiesça à parte da empreitada, deve ser considerado – sob o aspecto formal – como depoimento, apesar de carecer da característica inerente ao testemunho que é a isenção, mediante equidistância dos partícipes.

Não há outra maneira de enfrentar o problema, se não conferir – reiteramos: sob o aspecto formal – a natureza jurídica de testemunho e, conseqüentemente, possibilitar a participação ativa do advogado do co-imputado. Sem este enfrentamento, as decisões continuarão emergindo dúbias, atribuindo valor – repisamos – quando a imputação for grave, negando-se-o, no caso de ilícito menor.

Com a participação do advogado, a mensuração deste testemunho será realizada na decisão final. Sem a participação do advogado do co-imputado, incriminado no interrogatório, nenhum valor há.

Não se queda possível tergiversar à participação ativa do advogado do co-imputado, mediante a cantilena de “justificar” não ser – a delação – testemunho, porque mediante interrogatório; e, considerá-la tal por ocasião da sentença.

Direito posto, a participação do advogado do co-imputado é imperiosa; pois, o contraditório aos acusados em todos os procedimentos é preceito da Norma Maior.

Deve ser elogiado o sistema italiano, disposto a partir de 2001, com a Lei n. 63/2001 que, enfrentando o problema, reformou o artigo 64 do Código de Processo Penal italiano.

Hoje, o sistema italiano impinge a participação ativa do advogado do co-imputado, bem como, determina a natureza jurídica da delação, principalmente às ações penais findas, com relação ao delator, dispondo que este presta testemunho. Mais: se operada a delação com exculpação total, nenhum valor possui e, nem milita a oitiva.

Então, o sistema italiano dispõe, ao interrogando, o dever de “dizer a verdade”, quando incrimina outrem, servindo essas palavras como testemunho, caso não militar a sua plena exculpação.

Se o interrogando não assumir a empreitada, nenhum valor será conferido a este interrogatório, considerando-se o terceiro incriminado. Porém, a participação de seu advogado deverá ser ativa, permitindo o esclarecimento dos fatos, mediante perguntas.

No mesmo sentido o sistema francês, permitindo-se a participação ativa do defensor de co-imputado.

Notem que não enveredamos à excrescência da “delação premiada”, inconstitucionalmente referendada pela Lei do Crime Organizado, mediante ingerência do direito americano⁸ em nossa família romano-canônica. É dizer, o

⁸ A própria estrutura daquele sistema processual permite o declínio da autoridade com relação à incriminação do delator, neste sentido o promotor, que nem sempre é funcionário público de carreira e, invariavelmente nutre intenções políticas, poderá barganhar com o imputado a delação de co-incriminado.

nosso sistema processual não alberga aquele instrumento, portanto, não perderemos tempo a comentar a famigerada Lei do Crime Organizado.

Quanto a este, a nova edição de nosso livro: “O contraditório na CPI e no inquérito policial”, agora pela Editora Paz Jurídica, em E-book desde XI de Agosto de 2016, trará novidades acerca do nosso entendimento de inadmitir um “contrato para incriminação” sem a participação do incriminado. Aliás, o principal interessado não participa deste contrato.

Somos leitores do falecido Jurista Teori Albino Zavascki, um dos que melhor versou – entre nós – acerca da execução civil. O Doutrinador deveria ter continuado a pontilhar a sua melhor lavra a (do que) aceitar absurdos perante a Excelsa Corte.

A premissa deve ser fixada, **o contraditório deve ser legado desde a primeira incriminação, logo neste momento da delação, quando o incriminador aduz que fulano comanda ou participa das empreitadas delitivas.** O agente público, constatando a simples referência à determinada pessoa, sobrestará a oitiva e determina a intimação desta pessoa para que compareça com seu advogado e, caso for, profligue os termos da delação.

Qualquer outra atitude rompe o sistema de garantias do processo penal e retira a constitucionalidade, ainda que Lei admita este malicioso contrato de incriminação, a qual, repisamos, o incriminado, a pessoa mais interessada, não participou.

E não estamos inovando com este pensamento, basta reprimarmos a obra de Mittermayer, antes transcrita, enquanto aduz acerca da delação emergir – tão somente – a tergiversar a empreitada praticada pelo delator. Incrimina outrem a exculpar-se.

Aqui, reportamo-nos – especificamente – às delações de fato, àquelas que são verificadas no dia-a-dia forense, versando, ou não, a crimes graves. E, a partir desta premissa, reafirmamos que operada a delação, impingir-se-á a participação de advogado do co-imputado.

Caso não constituído advogado, o Estado deverá patrocinar a apresentação de defensor, considerando-se os diversos trabalhos perante o órgão censor, a participar ativamente do ato de co-imputação.

É isto que ocorre nos procedimentos administrativos que repercutirão em sanção ao investigado e, conseqüentemente, deverá repercutir, esta mesma performance, às investigações preliminares realizadas pelas CPI's e aos inquéritos policiais.

A delação não pode servir de instrumento de condenações à sorrelfa, retirando o contraditório e a ampla defesa do incriminado. Aliás, a delação é

Vale dizer, poderá ser legada a imunidade ao interrogando se “colaborar” com a acusação mediante o *informal immunity*. Em nosso sistema processual, o promotor, que é funcionário público, não pode deixar de investigar ou apresentar o criminoso, sob pena de prevaricar. Note que a ação judiciária penal não pertence aos agentes do Estado. Diferentemente do propalado por alguns, são os membros da coletividade que detêm o monopólio da ação penal e, com o pagamento dos impostos, remuneraram a funcionários públicos a exercerem o dever de investigação e banimento do mau cidadão deste convívio social. Esta a simples fórmula a apagar a errônea idéia de alguns acerca de o Ministério Público nutrir o monopólio da ação penal. Esta é judiciária, de juízes e tribunais, conforme o escólio do Mestre maior, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, enquanto pontuou, transcrição no primeiro capítulo, acerca de não militar nenhum monopólio. Aliás, temos proposto ações penais subsidiárias, louvando-nos no art. 29 do CPP e, principalmente, no art. 5º inciso LIX da Constituição da República, a evitar a política de apanagados, quando o membro do Ministério Público não denuncia, porque a sua orientação política é contrária ao mau vezo do malfeitor. A sociedade clama: todo o delinquente deve ser separado do convívio social ou, ressocializado a este, por isso, não é possível operar-se a barganha, ainda que ideológica.

instrumento dos covardes que, muitas vezes, ilaquearam a outrem a própria conduta, retirando a possibilidade de o increpado defender-se.

2. Prova emprestada, sucedâneo do desmembramento da ação penal

O desmembramento da ação, sucedâneo, por exemplo, do difícil encontro de um dos acusados (não obtemperada a citação), provoca nulidades caso a prova não seja refeita na presença do defensor do acusado “tardio”.

De outra banda, a prova produzida mediante a presença dos co-acusados – algumas vezes – queda-se aproveitada aos autos desmembrados, tocando o acusado que “chegou tarde”.

Isso implica afirmar que, por ocasião do refazimento da prova, mediante nova oitiva das testemunhas, agora considerando-se o acusado tardio, esses depoimentos -- necessariamente -- deverão emergir acerca de todos os fatos, articulando toda a história, não restando hábil a simples confirmação do aduzido anteriormente.

É dizer, não basta a testemunha comparecer e confirmar o seu depoimento anterior. Deve -- imperiosamente, sob pena de obtemperado o arremedo de prova -- articular todo o seu envolvimento com os fatos, narrando toda a história novamente.

O pior ocorre quando a desídia das autoridades nega nova oitiva, legando – apenas – ao trabalho de juntar os depoimentos produzidos antes do desmembramento.

Mas, o aproveitamento da prova produzida nos autos “principais”, sem o seu imperioso refazimento, macula as garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa. Ambas garantias devem ser concebidas distintamente.

A prova emprestada macula a garantia fundamental do contraditório, porque esta impõe a ciência dos fatos e a oportunidade de rechaçá-los.

A história da definição do contraditório e sua incidência no inquérito policial queda-se no caminho do Jurisconsulto Rogério Lauria Tucci. Este fora orientado pelo Professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida, e galgou a brilhante carreira como seu sucessor no Largo São Francisco.

Competiu a Joaquim Canuto Mendes de Almeida definir, para a doutrina universal, o contraditório como “a ciência bilateral dos atos procedimentais e a possibilidade, legada pela autoridade timoneira do procedimento, de as partes refutarem as articulações adversas”.

Esta definição emergiu para a doutrina a partir de 1937 na defesa de Tese de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, gênio do Direito Processual Penal que mantinha conduta debochada, brincalhão, conforme conta – inclusive – o âncora do SBT Joseval Peixoto. Destaca o jornalista que, determinado ano, o Professor Canuto, ocupado com os projetos e reformas de leis processuais penais, pouco lecionou aos seus alunos da São Francisco. E, ao aplicar a prova daquele ano, o Mestre Canuto determinou que aluna sortease o ponto da sabatina final. Retirado o papel da urna, o Manganão asseriu: “ponto em branco”, vale dizer, o Jurisfilósofo Joaquim Canuto Mendes de Almeida reconheceu a sua ausência perante os alunos e admitiu que esses pudessem discorrer acerca da matéria que melhor intuíram durante aquele ano, quedando-se ao talante do aluno. Claro que todos os papéis existentes na urna homenageavam o “ponto em branco”. Também atribui-se ao Professor Canuto

o fato de chegar montado em elefante ao Largo São Francisco. Lenda ou não, o Mestre costumava frequentar a noite paulistana. Saiu da boate pelo amanhecer e, encontrando certo circo que caminhava pelo Anhangabaú, combinou com o domador de elefantes a empreitada. Pagou-o, subiu no lombo do paquiderme, e caminharam até a São Francisco.

Nos estertores da Cátedra de Rogério Lauria Tucci existiu um maluco beleza que não hesitou em passar de motocicleta por dentro da Faculdade, entrando pelo Largo São Francisco e saindo pela Rua Riachuelo⁹.

Ambos versaram o contraditório em diversas épocas. Este último sintetizando o apanágio do Mestre Tucci, mediante a sua incidência (contraditório) no inquérito policial.

Mas o contraditório especifica-se pela simples ciência (conhecimento dos fatos articulados contra si) e a oportunidade de manifestação legada pela autoridade timoneira do procedimento.

A contraposição de idéias caracteriza a contrariedade, não o contraditório, apesar da discordância de José Roberto dos Santos Bedaque. Para este, o contraditório adimple a contraposição de idéias, oblitera a contrariedade assumindo o seu papel. Contrariedade e contraditório são únicos, não militando distinção para Bedaque.

Louvando-nos na definição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, endossada por Rogério Lauria Tucci, seu epígono, reafirmamos que à caracterização do contraditório bastam a comunicação do ato e a simples oportunidade de manifestação. O interessado manifesta-se caso queira, mas, fora legado o contraditório. Não pode militar sucesso à afirmação de José Roberto dos Santos Bedaque, porque, caso fosse, em muitos procedimentos penais não militam contraposições de idéias, fato que geraria a nulidade perene do proceder.

Por outras palavras, em muitas ações penais, o acusado aquiesce à imputação, não a refutando; vale dizer, não milita a contraposição argumentativa. Ora, nesses casos, segundo a tese do Professor Bedaque, não militaria o contraditório, emergindo a mácula à garantia fundamental disposta no artigo 5º. Inciso LV da Constituição da República. Pior: essa ausência emergiria perene, porque o acusado não iria alterar a sua versão somente para conferir o – pretenso – contraditório ao procedimento.

Portanto, a garantia fundamental do contraditório especifica-se pela ciência inequívoca dos termos do procedimento e fatos da causa, legando – a autoridade timoneira – oportunidade de o interessado refutá-los. E, é esse contraditório que se queda maculado quando a autoridade aproveita a prova emprestada, não a refazendo perante o acusado tardio.

Sintetizando, pontuamos: militando o desmembramento do procedimento (da ação), toda a prova coligida deve ser refeita perante o acusado. E, esse refazimento deve ser total, não se aproveitando afirmações acerca de confirmação de assinatura ou de depoimento anterior. Nada. As questões devem militar como se a testemunha não houvesse apresentado a versão

⁹ Entre esses dois malucos, muitas décadas, e o amável Tucci, com seu nariz adunco e o dedo indicador muito torto, ele apontava para o teto, abria a boca, e ria muito. Formidável pessoa que quase infartou quando, mediante trama, dois outros intentaram reprovar o seu braço direito dos últimos quatro anos perante o alunos da Faculdade de Direito do Largo São Francisco. Era uma rasteira no Tucci que teve de ser confortado pelo – pretenso – reprovado. Um golpe ao contraditório no inquérito policial, mas que o “Velho” Tucci entendeu pertinente a publicação da obra, iniciada por Joaquim Canuto Mendes de Almeida.

anterior. O questionamento deve grassar novamente, com as perguntas atinentes a este acusado tardio.

Agora, tipificando a ampla defesa. Por primeiro o contraditório, mediante a ciência dos fatos e a oportunidade de deitar defesa, de refutar a argumentação do acusador. Conferido o contraditório pela autoridade timoneira do procedimento, a ampla defesa emerge como segunda característica do “Estado Democrático de Direito”.

Essa defesa deve emergir ampla, permitindo todo o questionamento acerca da acusação, inclusive mediante recebimento de recursos e os seus trâmites legais. Hoje, como um dos exemplos típicos, a exceção da verdade contra juiz – geralmente – não é recebida por seu colega, agora o juiz da increpação, negando a ampla defesa ao excipiente.

Por outras palavras, um dos muitos exemplos contrários à ampla defesa, citamos o não recebimento da exceção da verdade, quando o excepto é juiz, e o excipiente refuta a acusação tentando provar que o excepto praticou o ato (calúnia). Aliás, não há procedimento mais em desuso, apesar de sua ingente importância, a exceção da verdade queda-se como forma de retirar a tipicidade da conduta do agente, sucedâneo da verdadeira articulação do pretenso caluniador.

Interessa ao presente tópico que o desmembramento da ação penal impinge o refazimento de toda a prova perante o acusado “tardio”, sob pena de macular a garantia fundamental do contraditório, permitindo – a seguir – a ampla defesa.

Proclamando o contraditório operou-se a necessidade de seu desmembramento (da ação). O fora com o desiderato de legar o Direito Constitucional de acompanhar a produção da prova, deitando oportunidade de refutá-la.

Por isso, não milita pertinência operar-se o desmembramento sob a argumentação de que o imputado necessita acompanhar a produção da prova, porém, quando este se queda citado, aproveita-se a “prova” produzida em decorrência dos demais co-acusados, não militando o refazimento desta em decorrência do acusado citado posteriormente.

3. As devassas¹⁰

Em diversos artigos, e principalmente em dois livros: “Os modelos (políticos) de persecuções penais e o descortino da regra da inquisitividade. A incidência do contraditório no inquérito policial”, 1999. SP: Edmor, e “O contraditório no inquérito policial e nas CPI’s”. 2005. SP; IOB-Thomson-Síntese, escoliamos acerca das devassas do Direito Canônico, albergadas pelas Ordenações do Reino, como forma de investigações sem identificar os fatos e seus protagonistas.

Reiteramos o mesmíssimo parágrafo de antanho, enquanto pontuamos: aos Leitores não afetos a este tipo de investigação (devassas) lembrarem-se das diversas vezes que visualizaram agentes públicos (promotores, delegados e membros de CPI’s) adentrando empresas, carregando computadores, documentos, etc... etc., sem a plena identificação do objeto das perquirições. Pois é (...).

¹⁰ “Revista Quinzenal de Jurisprudência da IOB”.

As devassas, realizadas na idade média, repristinadas até o início do Império, no Brasil, eram formas de investigações sem que houvesse suspeito e fato previamente definidos.

Os “delegados” pelo poder central visitavam os vilarejos, investigando fatos susceptíveis de perturbarem a ordem pública, sem identificarem crimes e apontarem possíveis criminosos. As perquirições emergiam indefinidamente.

Hoje, o regramento do devido processo legal, orientador das demais garantias constitucionais, deveria servir de base às perquirições; porém, esquecendo os requisitos inerentes à denúncia (art. 41 do CPP), os agentes do Ministério Público não delineiam a participação do increpado nos fatos descritos, lançando – na peça inaugural – redação sem liame entre pessoas e fatos. Muitas vezes denunciam pessoas somente por se quedarem registrados na empresa ou, como membro da diretoria; “chega”-se ao absurdo de denunciar policial militar em férias, acusando-se-o de participação – por exemplo – no “Caso Castelinho” (golpe eleitoreiro ocorrido em agosto de 2002, vésperas da votação ao Governo do Estado de São Paulo) **apenas por pertencer ao pelotão.**

Vale dizer, a denúncia fora realizada com base na simples inscrição do militar naquele pelotão, desimportando o gozo de suas férias, exemplo típico de responsabilidade extrapessoal e objetiva em matéria penal, maculando o “Estado Democrático de Direito”. Este, um dos exemplos do dia-a-dia forense, enquanto não milita delineamento da participação do denunciado com os fatos articulados na peça inaugural.

A garantia constitucional do devido processo legal confere o Direito de o imputado conhecer dos fatos sob investigações; de todos os possíveis suspeitos, bem como, de sua alegada participação na empreitada, esses os requisitos mínimos à peça inaugural não suportar o seu indeferimento, sucedâneo da inépcia.

O imputado não necessita profetizar a sua participação na empreitada, esta deve ser plenamente delineada e nutrir liame entre o increpado e o fato ilícito, ainda se em sede administrativa.

Na atualidade executam-se prisões, apreensões de computadores e documentos, denunciam sem delinearem a efetiva participação de cada indivíduo, repristinando os movimentos das devassas de antanho, quando o simples rumor¹¹ seria suficiente a incoarem arbitrariedades.

Não bastassem essas apreensões à sorrelfa, os acusadores têm aditado a peça inaugural, após a apresentação da defesa preliminar, mediante procedimento sancionatório indefinido. É dizer, o aditamento, após a defesa, confere a **indefinição da acusação**, porque retirou os pontos fulcrais para a defesa do imputado.

Este vezo contempla os procedimentos que incoam nas corregedorias e conselhos disciplinares, inclusive da Ordem dos Advogados do Brasil, **quando respigados materiais para a imputação na própria peça de defesa**, caracterizando o mencionado aditamento.

Louvando-nos nas Garantias Fundamentais homenageadas pela Constituição da República afirmamos que a peça inaugural da increpação do indivíduo, quer em sede penal, ou em procedimentos administrativos, deve conter o amplo delineamento dos fatos ensejadores da investigação – ainda se

¹¹ O termo rumor é empregado em sua acepção original, quando o “governo central” dos vilarejos tomava conhecimento de possíveis empreitadas delitivas

judicial (ação penal) – identificando as provas a serem produzidas às suas confirmações.

Após a citação do acusado não se queda idôneo o aditamento da peça inaugural, sob pena de macular o regramento da isonomia procedimental, inserto no artigo 5º., *caput*, da Constituição da República, outro tanto o devido processo legal e a ampla defesa, também encartados no mesmo artigo 5º. da Norma Maior, incisos LIV e LV.

Certa vez, acompanhando procedimento administrativo inidôneo, o inquisidor grassou a questionar os itens apresentados pela defesa, asserindo que a própria peça contrária à acusação deitava subsídios a nova increpação. Respondemos que, caso fosse, nova increpação deveria ser objeto de novo procedimento, e que, naquele, os tópicos quedavam-se fixos, não militando legitimidade a aditamentos marginais.

Os Advogados que nutriram a oportunidade de acompanharem procedimentos administrativos, ou ações penais perante a “Justiça” Federal, conhecem desse mau vezo de acusadores que mantêm a Constituição da República em suas prateleiras, fechadas e escondidas. Esquecem os termos da peça inaugural e tentam questionar os acusados acerca de fatos outros que não estão previamente delineados, maculando as garantias fundamentais do indivíduo. Quando isso ocorre, a defesa deve exigir que a pergunta conste no termo à comprovação da ausência de limites do inquisidor.

Mas, este tópico pontua as máculas à Constituição da República, sucedâneo da ausência de identificação de fatos e suspeitos, entendidos – também – mediante a falta de liame entre esses na peça inaugural. Caldo de intenções, a mesma anomalia caracteriza-se pela redação, disposta na denúncia, quando não permite dessumir qual o grau de participação do acusado nas possíveis empreitadas, “jogando” à instrução a síntese da acusação a ser envidada nas alegações finais, situação que tipifica a impossibilidade de defesa, quanto mais à ampla, nos termos do artigo 5º., inciso LV, da Norma Maior.

4. Os aditamentos à denúncia mediante a juntada de documentos após a defesa preliminar

Os procuradores da república e os promotores que oficiam perante o tribunal do júri nutrem o vezo de juntarem documentos ao longo do iter procedimental, após as participações do acusado, situações bem estranhas, que provocam perplexidade ao defensor, por exemplo, ao início da sessão plenária o advogado encontra o laudo, apesar de o Estado ter deitado lustros à confecção desta importantíssima prova, denotando deslealdade a ocorrência às vésperas do ato (sessão plenária).

As garantias fundamentais da ampla defesa e do contraditório, dispostas no inciso LV ao artigo 5º. da Constituição da República, impedem a colação de documentos extemporaneamente. Mas, os julgadores entendem que esta regra emerge – apenas – potencializada, não incidindo ao caso concreto. E, utilizando o arbitrário refrão: “...não provocou prejuízo”, o documento permanece nos autos.

Esta pretensa justificativa, apanágio da teoria geral do processo, queda-se utilizada pelos tribunais a negarem *habeas corpus* com o escopo de determinar a retirada do documento dos autos. Aliás, o mínimo, caso militasse

seriedade. Porém, não se pode legar credibilidade quando a própria garantia fundamental de ampla defesa queda-se marginalizada.

Mas, a proposta emerge a profligar a teoria geral do processo. Esta, como móvel da utilização desses refrãos.

Vale dizer, versando as regras do processo como se acobertadas pela mesma importância, os julgadores travestem a possibilidade de permanecerem documentos nos autos, independente do momento da juntada.

5. Interrogatório e a impossibilidade de permanecer consignadas as perguntas

O direito de permanecer calado¹² – no interrogatório – não pode ser mitigado mediante a “consignação” de perguntas não respondidas; pois, a prerrogativa do interrogando não pode ser travestida em detrimento da conotação de desobediência. Sim, porque a permanência das perguntas não respondidas tipifica sequela contra ato de – pretensa – rebeldia do reticente.

Este pode negar-se a respondê-las e, caso isto ocorra (a negativa de o interrogando responder as perguntas formuladas pelo juiz ou promotor público), elas não poderão ser consignadas no termo de interrogatório; pois, a consignação implica em sanção ao interrogando que nutre o direito universal de não produzir prova em seu desfavor *nemo tenetur se detegere*.

Caldo de intenções, milita a orientação universal da impossibilidade de exigir do imputado a sua colaboração de produzir prova em seu desfavor ou, travestir o cumprimento da regra da legalidade em expedientes escusos, tais como, conferir o Direito ao interrogando de não responder as perguntas; porém, mantê-las consignadas.

Entrementes, a permanência – nos autos – das perguntas executadas, e não respondidas, emerge como forma de tangenciar o princípio universal do *nemo tenetur se detegere*¹³, albergado pela Carta de 1988.

Antes da Constituição de 1988, este princípio universal de “ninguém ter o dever de produzir prova em seu desfavor”¹⁴ restava latente no espírito do “Estado Democrático de Direito”. Mas, o artigo 5º inciso LXIII da Constituição da República sedimentou o direito ao silêncio¹⁵. E, como sucedâneo da mencionada norma, o direito de o interrogando não responder as questões formuladas.

Notem que o interrogando não precisa responder nem as questões formuladas pelo Estado-juiz e, este não pode, analisando o tema sob orientação do artigo 5º inciso LXIII da CR, determinar as suas consignações.

Ora, se ao interrogando é legado o Direito ao silêncio¹⁶ e, como tal, a possibilidade de não responder as perguntas formuladas pelo juiz, com muito

¹² Asserimos acerca do direito de permanecer calado, do direito ao contraditório a todos os imputados, inclusive por ocasião da lavra do flagrante e, por conseguinte, no inquérito policial, em nosso livro: “Os modelos (políticos) de persecuções penais e o descortino da regra da inquisitividade. A incidência do contraditório no inquérito policial”.

¹³ Maria Elizabeth Queijo. “O direito de não produzir prova contra si mesmo”. Saraiva. 2003. Caio Sérgio Paz de Barros. “Os modelos (políticos) de persecuções penais e o descortino da regra da inquisitividade. A incidência do contraditório no inquérito policial”. Editora Edmor. 1999.

¹⁴ Maria Elizabeth Queijo. “O Direito de não produzir prova em seu desfavor”. Saraiva. 2003.

¹⁵ Artigo 5º inciso LXIII da Constituição da República.

¹⁶ “Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. *Nemo tenetur se detegere*. Ninguém

mais propriedade este direito ao silêncio deve ser respeitado pelo promotor público.

A escólio utilizamos o vezo dos processualistas penais da modernidade, conferindo à ação penal o modelo acusatório.

Vale dizer, os processualistas penais modernos baniram de suas bibliotecas os ensinamentos de Vincenzo Manzini, Giovanni Leone, Enrico Ferri, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, Rogério Lauria Tucci, Hélio Tornaghi, e demais doutrinadores que conferem ao processo penal o direito de a comunidade segregar o malfeitor que não respeita as regras do grupo, em cotejo com o Direito do inocente de produzir prova a seu favor.

Propalam a cantilena de certo modelo acusatório de processo penal, produzido pela falácia de conceber o Estado-juíz equidistante dos partícipes e o acusador oficial que impulsiona a ação penal. Aliás, outro apanágio da famigerada teoria geral do processo.

Estamos no “dever ser” de Hans Kelsen, enquanto verificamos que, na prática, nada disso ocorre.

A ação judiciária penal, de juízes e tribunais no dizer de Joaquim Canuto Mendes de Almeida¹⁷, sintetizada por Rogério Lauria Tucci, permite ao juiz a atividade supletiva da inércia do órgão acusador e do advogado, complementando a prova que esses não produziram. Aliás, sempre que versados direitos indisponíveis a regra da inquisitividade emerge à reconstrução da verdade material (art. 1.107 do CPC e, arts. 156 e 209 e parágrafo do Código de Processo Penal).

Então, apartados da indevida alegação acerca do “novo processo penal”, somos pela realidade conferida no dia-a-dia forense, permitindo que o juiz cabale a prova que os agentes do Estado não produziram ou, que o desidioso defensor não fomentou.

Mas, a nossa premissa junte-se a profligar esta negativa da realidade forense, enquanto reafirmam o modelo acusatório de processo penal de partes propalado pelos processualistas penais “modernos”. E, com base nesta falácia, aduzimos que, muito mais como “processo penal de partes”, o promotor público não pode exigir que as perguntas, não respondidas pelo interrogando, sejam consignadas.

No “processo penal de partes” o membro do Ministério Público nutre interesse na procedência do pedido de condenação e, como sucedâneo, oficia com parcialidade, contrária aos desígnios do interrogando¹⁸.

Nutrido interesse na procedência do pedido de condenação, o representante deste “modelo acusatório de processo penal” – o promotor público – não pode exigir a consignação de perguntas não respondidas, tampouco o silêncio emergirá em desfavor do interrogando.

pode ser constringido a confessar a prática de um ilícito penal.”. (RTJ: 141/512, Rel. Ministro Celso de Mello). Do mesmo Relator a decisão proferida em ordem de *habeas corpus* n. 68.929-SP, 1ª T., Rel. Min. Celso de Mello, j. 22.10.1991, v. U.: “O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal.”.

¹⁷ Joaquim Canuto Mendes de Almeida. “A contrariedade na instrução criminal”. 1937. Tese de doutoramento pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP. Em 1975, publicação pela RT. Jurisdição, ação e processo.

¹⁸ Pedimos desculpas aos nossos consulentes, enquanto utilizamos esta absurda argumentação, é que a “modernidade” exige esses comentários, ainda que infieis.

Repisamos a premissa: se ao juiz não¹⁹ é conferido este Direito, muito menos ao acusador parcial, natureza jurídica da efetiva atuação dos promotores “modernos”.

Notem que estamos versando acerca do questionário, formulado pelo Estado-juiz, ao interrogatório do acusado silente, reiterando que não há possibilidade de possíveis perguntas, não respondidas, quedarem-se consignadas no termo. Ora, se questões formuladas pelo juiz não podem permanecer nos autos, caso o interrogando opte por não as responder, com maior pertinência àquelas executadas pelo promotor público.

Asserimos acerca da nova roupagem do interrogatório emergente da Lei do RDD, mantida pela Reforma do Código de Processo Penal, que permitiu a participação do promotor e do advogado no interrogatório, possibilitando perguntas ao interrogando.

Os revogados artigos 186 e seguintes do Código de Processo Penal, não homenageados pela Carta de 1988, aduzia acerca da possibilidade de as perguntas, formuladas pelo juiz, permanecerem nos autos, caso não respondidas pelo interrogando.

É dizer, permaneceriam consignadas as questões executadas pelo juiz, nunca aquelas formuladas pelo órgão encarregado de executar a acusação. E, ainda assim, sob a égide do capítulo do Código Processo Penal.

Agora, nem as perguntas formuladas pelo juiz devem permanecer consignadas, muito menos se o órgão encarregado da acusação propuser questões.

Esta assertiva queda-se mediante obviedade palmar, apesar de os tribunais – ainda – não haurirem o descortino imprescindível, como exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou liminar em sede de ordem de *habeas corpus*, entendendo possível a consignação de perguntas formuladas pelo órgão do Ministério Público (...). Ingente absurdo!!!

É que, se a Constituição da República homenageou o direito ao silêncio, a permanência – nos autos – de questionamentos macula a prerrogativa e, já o dissemos, este ato emerge a tangenciar o direito fundamental do acusado.

O princípio universal do *nemo tenetur se detegere* albergado pela Constituição da República em diversos incisos ao artigo quinto, confere a todo o indivíduo o direito de não produzir prova em seu desfavor. E, esta noticiada prerrogativa, considerando-se o interrogatório, emerge do inciso LXIII ao artigo 5º da Constituição da República. Vale dizer, o imputado nutre o direito de permanecer calado, sendo assegurada a assistência da família e de advogado.

6. Condenação em primeiro grau definitiva; sucedâneo da prescrição, considerando-se a pena aplicada

Outra situação preocupante, na atualidade, emerge mediante o reconhecimento da prescrição, considerando-se a pena aplicada, como impediante de análise da injusta condenação realizada pela primeira instância.

É dizer, suponhamos que milite a condenação do acusado em primeira instância, muitas vezes injusta; e, para rediscutir esta injusta incidência da norma ao fato (sentença), o condenado maneja o recurso de apelação.

¹⁹ Antonio Carlos Mathias Coltro. *O silêncio, a presunção de inocência e sua valoração*. Justiça Penal. São Paulo. V. 6. Pp: 291-305. 1999. p. 304.

A distribuição da maioria dos tribunais de justiça dos estados emerge em torno de cinco anos, assim, se a pena não ultrapassar os dois anos, o desembargador não poderá analisar a injustiça cometida pelo juiz (primeira instância), principalmente sob a égide da lei anterior.

O pior ocorre quando, muitas vezes, o desinformado relator nem admite discussão acerca das preliminares processuais, ou mesmo, acerca das garantias fundamentais maculadas em primeira instância.

A contingenciar os Preclaros Leitores, pontuamos que a prescrição caracteriza-se como preliminar de mérito, ou seja, ela (prescrição) impede – apenas – a discussão acerca dos fatos, por exemplo, se o condenado praticou, ou não, o estelionato, a apropriação indébita, etc., porém, não impede a análise acerca das preliminares processuais, principalmente a mácula da Constituição da República.

Imaginamos que o estelionatário tenha sido condenado sem a possibilidade de ouvir testemunha habilmente arrolada, e, este ato caracteriza o cerceamento de defesa, discutido como preliminar processual em sede de apelação.

Ora, a manutenção da condenação, mediante o reconhecimento da prescrição, emerge mais drástica ao apelante que a análise desta preliminar. E a injusta condenação não pode prosperar sob o argumento de militar a prescrição.

Notem que a desinformação queda-se tamanha, que a nova roupagem da prescrição ao direito pátrio mitigou-a com relação ao direito da ação. E, a consideração da prescrição como impediante da análise das preliminares processuais refere-se a este direito de ação, situação que a pena deve ser considerada na totalidade, em abstrato, não aquela aplicada.

Excogitamos situação a escoliar a questão da prescrição a manter condenação injusta. Juíza condenou advogado, apesar de este ter sido menoscabado por juiz, caracterizando o embate forense. O advogado militou durante todo o procedimento em causa própria e, deveria receber as intimações pelo diário eletrônico do tribunal. Mas, a juíza entendeu que deveria procurar o advogado em sua residência, as quinze horas, ou seja, no meio da tarde, intimando-o pessoalmente. E, sem o encontrar, determinou a execução do edital para intimá-lo.

E, sem as alegações finais do advogado, condenou-o por suposta injúria.

O advogado, em causa própria, interpôs o recurso de apelação e, após cinco anos, o desembargador Walter Silva manteve a condenação sem analisar as máculas das garantias fundamentais, submetidas como preliminares processuais.

Este o caso, a injusta condenação não pode ser discutida em decorrência da suposta prescrição, não obstante esta emergir – apenas – como impediante da análise do mérito, tirante – por óbvio – a necessidade de observância das máculas às garantias fundamentais do indivíduo, homenageadas pela Constituição da República.

Nesse embalo, possível consideração de prescrição, pelo tribunal, queda-se impediante – apenas – da discussão do mérito da ação, ou seja, delinuiu ou não.

Preliminares processuais, principalmente atinentes às garantias fundamentais dispostas na Constituição da República, não podem serem

desconsideradas sob a argumentação da prescrição; mormente, preliminares processuais são analisadas antes das preliminares de mérito, emergindo a prescrição com esta natureza jurídica.

Vale dizer, ao julgar condenação proferida pela primeira instância, o tribunal deve analisar o recurso de apelação por capítulos, e a “porteira” caracterizada pela prescrição, que impede o joeiramento do mérito, aparece depois da análise das preliminares processuais. Aliás, a obviedade aparece palmar, apesar da inciência do professor Walter Silva que impediu – inclusive – a sustentação verbal do Advogado apelante, situação absurda porque somente a análise do mérito quedar-se-ia obliterada pelo reconhecimento da prescrição.

Importa, nesse epílogo, asserir que não joeirar as preliminares processuais sob o argumento da prescrição emerge mediante inciência dos comezinhos regramentos processuais e marginaliza as garantias fundamentais do indivíduo inerentes ao “Estado Democrático de Direito”.

6. Ordem de *habeas corpus* impetrada perante o STJ, coarctada ao manejo do recurso especial

Temos visto que as regras processuais têm sido plasmadas entre a orientação ao processo disponível e o direito público, permitindo que o processo civil emergja mais drástico ao processo que impõe penas a delinquentes.

Certa vez, depois de realizar sustentação verbal perante a Tribuna do Supremo Tribunal Federal, recebemos críticas acerbas do Ministro Joaquim Barbosa (o protagonista do Judiciário na atualidade), aduzindo que militarria a banalização do manejo da ordem de *habeas corpus*. Frase impensada entre os anos de 64 e oitenta.

O Ministro asseverou que a utilização da ordem de *habeas corpus* deve ser mitigada e, com este escopo, tentou criar bordão, seria – aos olhos do Ministro Joaquim Barbosa – a “banalização desta garantia fundamental (*habeas corpus*)”.

Chegando naquele momento, mas com *status* de Buzaid²⁰, apesar de tecer comentários equivocados²¹ quando julgou o “mensalão”, afirmando que “a defesa nutre o dever de provar o álibi do acusado (asseverou réu)”, o Ministro Fux, julgando na Turma, confirmou a marginalização: “a ordem de *habeas corpus* não pode servir como sucedâneo dos embargos”.

Aqui breve escólio acerca da distinção entre: *habeas corpus* e ordem de *habeas corpus*, outro tanto descortinada por Rogério Lauria Tucci.

Habeas corpus emerge como resultado daquela (ordem de) ou, pode ser entendido como sucedâneo do reconhecimento de alguma nulidade, geralmente em sede recursal, e, diante deste (reconhecimento da anomalia processual) a concessão de *habeas corpus*, ainda que não seja requerido pelo interessado (*habeas corpus* de ofício ou *ex officio*).

²⁰ O melhor Processualista Civil brasileiro de todos os tempos, referendado por Niceto Alcalá Zamora y Castillo,

²¹ Com “televisão aberta”, da tribuna do Supremo Tribunal Federal.

Assim, a ordem de *habeas corpus* pode ser entendida como “ação” de *habeas corpus*, apesar de as regras não permitirem esta nomenclatura²². Caso fosse, melhor seria se asseverassem: “procedimento” de *habeas corpus*.

Mas, o termo basta-se, vale dizer, muito melhor Ordem de *habeas corpus* (entendido como procedimento a profligar nulidade e obter a livre locomoção, ainda que a coação apresente-se simplesmente potencializada) é utilizada para afastar qualquer tipo de coação ilegal, independente da hierarquia da autoridade coatora, bem como, do iter²³ procedimental do ato praticado pelo coator, ou seja, emerge como sucedâneo de qualquer recurso. Aliás, caso não impetrada a ordem e o julgador anteveja nulidade absoluta em sede de outro recurso, poderá conceder *habeas corpus* de ofício.

Ora, se o julgador pode conceder *habeas corpus ex officio*, aquele que suporta a coação ilegal poderá impetrar ordem de *habeas corpus*, que representa a instrumentação do pedido (*habeas corpus*) pela pessoa que suporta – repisa-se – a coação ilegal, independente do momento (iter) procedimental.

Por palavras mais simplórias, o termo “**ordem de**”, quando se refere a *habeas corpus*, traduz a instrumentação desse pedido (*habeas corpus*) ou, pode ser lido como se fosse a ação (ordem) de *habeas corpus* que, nem sempre nutre natureza jurídica de ação, emergindo – geralmente – como procedimento.

Nesse embalo, quando o ministro tenta extirpar o uso da ordem de *habeas corpus*, além de mitigar a incidência da garantia fundamental, nega o direito de ação do jurisdicionado.

Hoje milita orientação aos Ministros das Cortes Superiores para não conhecerem da ordem de *habeas corpus* se o paciente não estiver preso ou na iminência de ser. E, ainda assim, clamam pela demonstração da nulidade cristalina, situação nem sempre tão fácil.

Mas, nem sempre a coação ilegal caracteriza-se pela prisão do paciente, muitas vezes, apenas o fato de constar a condenação em seus registros, dificultando o encontro de oportunidades trabalhistas, tipifica a coação ilegal, dê que a condenação provenha de atos que maculam os regramentos processuais e as garantias fundamentais.

Portanto, a ordem de *habeas corpus* queda-se como segurança do indivíduo residente no Brasil e garantia do “Estado Democrático de Direito”. As Cortes Superiores não podem marginalizar a utilização da ordem de *habeas corpus* sob o argumento de pautas extensas. O Supremo Tribunal Federal perdeu seis meses ao teatro do “mensalão” e absolutamente nada rendeu à sociedade brasileira, porque os condenados já estão “progredindo para a rua”. Valeu o espetáculo circense, apenas isso.

De outra banda, o simples registro de condenação indevida oblitera a vida social de inocentes, quedando-se as Cortes Superiores responsáveis pela reintegração do indivíduo com a comunidade, permitindo o pleno acesso a concursos públicos e trabalho digno, mormente se obtemperada condenação indevida, ainda se não militar prisão. Basta a sentença para dificultar a vida do residente no País.

²² Não emerge técnico asserir ação de *habeas corpus*, porque pressupõe a observância de diversas regras (ação), por exemplo: rito previamente delineado; a existência de autor e réu; o julgador não se quedar adstrito a pedidos formulados, etc.

²³ Espaço, no sentido de momento.

7. A desútil ressurreição das condições da ação penal ou, o escopo de reinstauração da instância

Este texto emerge como resumo do publicado na Revista de Direito Processual e Penal da IOB em 2010.

O Processo Penal brasileiro aparta-se do modelo disponível²⁴ de prestação jurisdicional, mediante a incidência dos regramentos de Direito Público que, em nosso sentir, servem para mitigar o desnível entre os partícipes da persecução penal, conforme já o dissemos em – pelo menos – dois outros trabalhos²⁵.

Com efeito, profligamos – nas subseqüentes linhas – a informação acerca da disponibilidade do processo penal, mediante a incidência desses noticiados regramentos que orientam o Direito Público de ação, dos membros da sociedade a separar os elementos que descumprem as normas de Direito Penal, as regras básicas ao melhor convívio social.

Por isso, o processo penal pertence aos membros da sociedade que contribuem com impostos a garantir o mínimo de segurança e, como sucedâneo, a noticiada separação dos indivíduos que descumpriram as normas.

A segurança pública emerge como resultado da ação penal, por isso, não se pode quedar a alvitre de poucos, ainda que agentes públicos; e, já questionamos a legitimidade exclusiva dos agentes dos ministérios públicos à promoção da ação penal.

Nesse embalo, sempre militará o interesse de agir, a possibilidade jurídica do pedido e, com relação as partes, o autor resta afeto aos agentes dos ministérios públicos, sem prejuízo da possibilidade de o ofendido promovê-la, nos termos do artigo 5º. inciso LIX da Constituição da República. Estamos profligando a excrescência do inciso II ao artigo 395 do Código de Processo Penal, imposta pela Reforma de 2008.

Passado meio século da nefasta influência de Liebman, o seu escopo transformou-se em regra (condições da ação), e, apenas a nós macaquitos. Na Itália inexistente mérito processual, e as condições da ação resumem-se na verificação da legitimidade das partes, emergindo sem sequelas à extinção anômala do procedimento. Aliás, no início do iter procedimental, diferentemente do modelo brasileiro que, muitas vezes, permite discussões em lustros, sem a efetiva prestação jurisdicional: “o autor é carecedor da ação”, assevera o desembargador, contrário a expectativa de nossos clientes, enquanto pontuam: “e daí, o que vai acontecer?”.

As condições da ação – escoliamos – caracterizam-se pela presença das partes legítimas (titulares do direito disputado ou, nomeadas pela lei,

²⁴ Durante – pelo menos – dez anos ouvimos o Catedrático de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP, Jurista Rogério Lauria Tucci, profligar a Teoria Geral do Processo, distinguindo os processos civil e penal. Avançamos à proposta, pontuando acerca de direitos disponíveis ou indisponíveis. Escoliando – inclusive – os direitos indisponíveis em sede de Processo Civil, que incoam – a maioria – nas varas de família e sucessões, por intermédio – também – dos procedimentos necessários, a propalada “jurisdição voluntária” em Tese de Doutorado pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP, seis de novembro de 2003.

²⁵ Caio Sérgio Paz de Barros em: “Os modelos (políticos) de persecuções penais e o descortino da regra da inquisitividade. A incidência do contraditório no inquérito policial.”, Editora Edimor, ed. 1999; e, “Introdução ao estudo dos processos. Profligando uma teoria geral.”, Editora Edimor, ed. 2001.

respectivamente, legitimação ordinária e extraordinária ou substituto processual); interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. Vale dizer, o ordenamento jurídico contempla a atitude requerida ao Estado-juiz.

Assim desenvolve-se a ação civil enquanto persegue direitos disponíveis, permitindo a discussão por décadas.

Distinta a ação judiciária penal, mediante a intuição de Rogério Lauria Tucci, queda-se necessária para a responsabilização criminal do causador do evento danoso. Nisto reside a regra (processual) da *necessariedade*²⁶. A ação penal é imprescindível para a responsabilização do agente criminoso, vale dizer, a *necessariedade* da ação penal é imposta como lastro único à apenação do – reconhecidamente – autor do fato típico, antijurídico e culpável.

A ação judiciária penal – repisamos – queda-se imprescindível para a responsabilização criminal do causador do evento danoso. Nisto reside a regra (processual) da *necessariedade*²⁷.

Essa regra, a *necessariedade*²⁸ da ação penal deve ser entendida como garantia do jurisdicionado, do indivíduo envolvido na persecução penal.

A *necessariedade* é uma das mais importantes regras do processo penal e concretiza-se na parêmia latina: *nulla poena sine iudicio*, ou seja, é imprescindível para a responsabilização criminal (e – caso for – a aplicação da pena), a ação penal, mediante atuação do Estado-juiz e procedimento formal (roteiro da ação).

Emerge como seu garante porque o Estado não poderá punir sem o devido processo legal, entendido como o conjunto de regras orientadoras da tutela jurisdicional, desta vez (a tutela) será conferida ao Estado (para punir o criminoso) e a garantia é – repisa-se – do jurisdicionado.

Contrariamente, emerge a regra da compulsoriedade da ação penal, articulada – invariavelmente – como: "princípio da obrigatoriedade".

O regramento da compulsoriedade deve ser entendido – antagônico à *necessariedade* – como imposição aos agentes do Estado de perseguirem o agente criminoso e promoverem a ação penal.

É dizer, tão logo praticado o evento danoso, os agentes do Estado, cada um no devido momento, devem atuar para responsabilizar o autor do fato típico, antijurídico e culpável. Nisto a compulsoriedade. A ação penal é compulsória²⁹, emerge imprescindível, deve incoar para punir o agente criminoso, como dever do Estado na "jurisdição penal".

Apreciados, esses direitos indisponíveis, pela atividade jurisdicional, a presença da lide emerge irrelevante; como exemplo apresentamos a tutela

²⁶ Rogério Lauria Tucci em: "Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro". Editora Forense. 1986.

²⁷ Rogério Lauria Tucci em: "Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro". Editora Forense. 1986.

²⁸ Rogério Lauria Tucci em: "Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro", Editora Forense, 1986.

²⁹ O dicionarista Aurélio Buarque de Holanda aduz que o termo compulsório deriva "do latim *compulsu* impellido junto com outros' (...) que obriga ou compele.". Nós, louvados nos regramentos informadores da Teoria do Direito, afirmamos que o termo obrigação resta atrelado ao Direito Privado, porque aquele que se obriga e não cumpre, sujeitar-se-á a uma sanção de natureza pecuniária. Reiteramos: obrigação é terminologia afeta ao Direito Privado, porque não cumprida, emerge a possibilidade de purgação monetária. Contrariamente, no Direito Público, milita o dever de cumprimento sob pena de sanção administrativa, nem sempre resgatada monetariamente. Por outras palavras, entendendo melhor aplicar ao ramo do Direito Público a terminologia compulsoriedade, que resta afeta a dever = Direito Público; obrigação = Direito Privado. A isto, louvamo-nos, mais uma vez, no magistério de Rogério Lauria Tucci em: "Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro". Editora Forense.

penal, ocasião que o suspeito da prática delitiva pode confessar a autoria do evento danoso e, ainda assim, independente da confissão restar atuada desde o início da ação, o procedimento deve incoar com todos os seus atos, sem supressões ou inversões.

Nisto a necessária atuação da jurisdição.

Mas, a existência de direitos indisponíveis não é conferida – apenas – ao Direito Processual Penal. Há, no processo civil, parte indisponível que, normalmente queda-se como orientação dos procedimentos que incoam nas varas de família.

Esta atividade jurisdicional não é substitutiva, porque não poderia ser realizada de outra forma, milita a imprescindibilidade de sua atuação para imprimir legalidade ao ato.

É neste sentido que Calamandrei intuiu acerca do processo civil inquisitivo³⁰, permitindo a atuação do juiz a cabalar a prova, porque age no interesse de todos os membros da sociedade.

Emerge incomum a carência da ação a esses procedimentos (jurisdição voluntária).

7a condições da ação (processo de partes) legitimidade das partes

As condições da ação são requisitos (condições) à análise do pedido.

É dizer, para julgar o mérito da ação – por exemplo – se haverá (ou não) indenização pelos danos, o Estado-juiz precisa constatar a presença das condições da ação.

E, por primeiro, escoliamos que é a legitimidade das partes, ou seja, para julgar o pedido indenizatório milita a necessária constatação de as partes serem legítimas.

Explicamos: traduz-se por legitimidade das partes a condicionante da participação nos pólos ativo e passivo, aos intimamente afetos à lide.

Então, concebida a lide como o todo, autor e réu disputam este inteiro, sendo parte desta lide. É dizer, somente os envolvidos na lide podem participar ativa = autor e, passivamente = réu, da ação.

Perdão pela simpleza da argumentação, mas o escopo emerge a evanuir³¹ dúvidas.

Excogitamos a lide como o todo, o inteiro.

O que tentamos explicar é que a lide pode ser representada por peça inteira de queijo. O autor teria parte no queijo, e o réu outro tanto. Desta emerge o conceito de parte, parte do todo disputado em juízo.

Grassando³² o raciocínio, digamos que o queijo represente certa indenização perseguida pelo autor, refutada pelo réu. O queijo inteiro pode representar a disputa entre a administradora do consórcio e o consorciado contemplado. Esses autores e réus são partes na lide (lide que suscitou a busca pela prestação jurisdicional e quedara-se como sua causa), possuem porções (enquanto em disputa) do queijo.

Desta articulação surgiu o termo parte. Como não há disputa por um inteiro em sede penal, Rogério Lauria Tucci intuiu o conceito de partícipes. No

³⁰ Piero Calamandrei, ob. cit.

³¹ Evanuir = apesar de o termo não ser dicionarizado, (evanuir) significa sumir; desaparecer, diluir.

³² Grassar = desenvolver, tramitar, incoar.

processo penal emerge mais realístico marginalizar o termo parte em homenagem da acepção de partícipes.

Retomando, pontuamos, o primeiro prerequisite para julgar o mérito será a legitimidade da parte. Queda-se afeto às pessoas envolvidas na disputa. Porém, no processo penal não há disputa. Perquire-se quem seja o autor do fato típico, antijurídico e culpável com o escopo de retirá-lo da comunidade, sucedâneo do descumprimento das regras básicas do ideal convívio social.

Não bastasse a inexistência de disputa no processo penal, o encontro do pólo passivo (parte) equivale a identificar o autor do crime, mediante conhecimento do mérito.

Pois é...

O processo penal pertence a toda a sociedade, queda-se a encontro do membro da comunidade que descumpriu a regra básica do ideal convívio social. Este (ideal convívio social) justifica a “propriedade” do processo penal por todos os seus membros. Por isso o processo penal pertence a sociedade.

Retomando o descortino, reafirmamos: caso não haja legitimidade da parte, o procedimento será extinto (dizem os doutos: “extinção do processo”), sem o julgamento do mérito, sendo o autor carecedor da ação, nos termos do artigo 267, inciso IV do Código de Processo Civil.

Assim, para a propositura da ação, a parte deverá nutrir legitimação, necessitando, outro tanto, apresentar o pólo passivo legítimo.

7b. interesse de agir ou (interesse) processual

Outra condição da ação é o interesse de agir. O autor, para propor a ação, tem de nutrir interesse; deve necessitar da ingerência do Estado para compor o conflito de interesses.

É dizer, se houver possibilidade de acordo, se não houver pretensão e resistência (lide), não milita a necessidade da ação (quando disponível o direito).

Então, quando disponível o direito, as partes devem necessitar da ingerência do Estado-juiz.

Se não houver necessidade, não há interesse de agir, não se preenche os requisitos mínimos para o exercício da ação.

Sintetizando: interesse processual emerge como a necessidade e a adequação da ação para a resolução do conflito. A escólio deduzimos exemplo: se houver acidente e o causador do dano desejar ressarcir-lo, nós não precisaremos propor ação para obtermos o ressarcimento. Portanto, não milita interesse processual.

Este (interesse processual), conforme já o dissemos, emerge caracterizado pelo binômio: necessidade e adequação. Necessidade é a dependência da ação para solucionar o conflito.

A condição da ação denominada interesse de agir caracteriza-se pelo binômio adequação e necessidade. Esta (a necessidade) tipifica-se pela imprescindível busca da tutela jurisdicional, porque a parte não se predispôs a cumprir o Direito espontaneamente.

Mas, a condição da ação denominada interesse de agir é caracterizada, outro tanto, pela adequação, que é a utilização do devido procedimento. É importante que o instrumento utilizado seja adequado para os devidos fins.

Se propusermos tutela de consignação em pagamento sem a prévia consignação dos valores ou, não militar disposição em depositar a quantia, não haverá adequação do pedido de consignação com as atitudes do autor, restando a carência de ação. Isto porque o artigo 890 do CPC e seus parágrafos, bem como, os artigos subsequentes, todos afetos à consignação em pagamento, determinam a oblação do devido.

Semelhante forma sucumbirá se utilizar o procedimento inadequado, carecendo de ação em decorrência da falta de interesse de agir, pois, não caracterizada a adequação.

Abrimos parêntese, Preclaro Leitor, a justificar que no passado, fruto da Escola intuída por Enrico Tullio Liebman, o processualista criou as condições da ação, mas que não se sustentam ao serem analisadas percucientemente. Pior: hoje quedam-se como empecilhos à entrega da prestação jurisdicional com celeridade. Por isso, enviamos proposta à Comissão de Reforma do Código de Processo Civil, nutrindo o escopo de transformar a decisão de rejeição da inicial, sucedâneo da carência de ação, em audiência vestibular entre as partes à definição das condições da ação, retirando todo o possível óbice contra o julgamento do mérito.

Asserimos, em outros trabalhos, que as ações não são típicas, portanto, a tutela jurisdicional pode ser exercida por diversos procedimentos, ressalvando: até os (procedimentos) informais. Ora, se não temos apenas específico “caminho” a seguir, enquanto pleiteamos o nosso direito perante o Estado-juiz, por óbvio que esta tal de adequação não resiste a nosso profligar.

7c. possibilidade jurídica do pedido

Outra condição da ação emerge mediante a possibilidade jurídica do pedido, ou seja, o ordenamento jurídico deve contemplar, viabilizando o pedido do autor.

Afirmamos que antes do surgimento da lide, o Estado já envidou esforços para a sua solução.

Queremos dizer que as regras estão previamente dispostas "esperando" a aparição da lide. E, quando isto ocorrer, técnicas específicas serão necessárias.

A possibilidade jurídica do pedido queda-se representada por sua contemplação (do pedido) pelo ordenamento jurídico.

Vale dizer, se o direito em causa não for albergado pela norma, não haverá possibilidade jurídica do pedido e, conseqüentemente, o autor será carecedor da ação; exemplo disto, citamos o caso de o réu comparecer a um dos muitos salões de bingo que – infelizmente – infestam todo o Brasil, estragando as famílias sob o pálio de “pueril” jogatina.

O cidadão perdeu muito dinheiro em uma só noite. E, em sua última aposta emitiu cheque, escrevendo no verso: "para pagamento do jogo tal."

Este sustou o pagamento do cheque. O dono da jogatina, não satisfeito em aplicar-lho violenta surra, propõe ação para cobrar aquela dívida, representada pelo cheque.

Apesar de o cheque ser título executivo extrajudicial e ter autonomia (não necessita ser vinculado à relação jurídica material), o fato de estar escrito – no verso da cártula – "para pagamento do jogo", restringe aquela autonomia, vinculando-o – conseqüentemente – ao jogo. E, como tal, não poderá ser

utilizada a via jurisdicional à cobrança deste cheque, porque o diploma material (Código Civil) impede a cobrança de dívida de jogo. Emergindo o exequente carecedor da execução.

Se determinado casal requeresse o divórcio antes de julho de 1976, o Estado-juíz não poderia julgar o pedido. É que o ordenamento jurídico não contemplava o divórcio antes de meados de 1976, tornando-o possível após sanção da Lei n. 6.515/76.

Em síntese, a condição da ação denominada: possibilidade jurídica do pedido emerge caracterizada pela necessidade de o ordenamento jurídico viabilizar, contemplando o pedido de tutela jurisdicional, algo que poderia ser resolvido mediante a constatação de anomalia do subscritor do pedido perante o Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

7d. Resultado prático do reconhecimento da carência de ação

A ausência de uma das condições da ação queda-se suficiente ao juiz não julgar o mérito.

Por primeiro, escoliamos o conceito de mérito, mais amplo: mérito da causa. Este emerge como a lide (que antecedeu a propositura da ação e que a suscitara) somando-se ao interesse do autor, aos regramentos processuais e ao compromisso de o réu rechaçar a pretensão inculpada na inicial.

A lide (o conflito de interesses qualificado por pretensão resistida) provocara a propositura da ação. O autor promoveu a ação em decorrência da resistência a seu pedido e, os regramentos processuais que incidiram nesta ação transformaram aquela lide (a lide que suscitara a busca pela tutela jurisdicional) em mérito.

Mérito emerge como a transformação da lide, que provocou a busca pela proteção do Estado-juíz, somada à incidência dos regramentos processuais.

Então, o mérito da causa representa a lide que suscitara a busca pela proteção do Estado-juíz, porém, a esta lide incidiram regramentos (processo), caracterizando o mérito da ação (lide mais regramentos processuais).

Se, pleiteada a tutela jurisdicional na ausência de qualquer condição da ação, o juiz não julgará o mérito, não decidirá acerca dos pedidos formulados pelo autor.

O efeito da sentença, sem o julgamento do mérito, queda-se à possibilidade de propor nova ação, permitindo rediscutir a mesma lide nos termos do artigo 268 do Código de Processo Civil. É dizer, a extinção do procedimento sem o julgamento do mérito permite que o autor renove a instância (proponha nova ação).

Mas, extinta a ação – por exemplo – sucedâneo da ilegitimidade do pólo passivo, dificilmente a apresentação do mesmo réu não suportará nova extinção sem julgamento do mérito.

Então, se não militar condição da ação, o juiz não analisará o pedido do autor, não julgando o mérito da causa.

7e. A irrelevância da lide ao processo penal

Asserimos que o processo civil, quando disponível o direito, depende da presença da lide.

É dizer, se não houver conflito de interesses qualificado por pretensão resistida, ou insatisfeita, não milita a necessidade de propositura da ação, considerando-se – principalmente – as ações condenatórias, orientadas pelo processo de conhecimento. Neste a imprescindibilidade da lide.

Nas ações constitutivas e declaratórias pode militar a lide, mas, normalmente, esta (a lide) não é o objeto direto do manejo dessas ações, restando circundadas pelo conflito.

As ações constitutivas – geralmente – buscam o reconhecimento de interesse legítimo (varas da família e sucessões), tramitando – nesses casos – por meio dos procedimentos necessários (propalada jurisdição voluntária). Nessas, requer-se a constituição de estado (ou a sua desconstituição), por exemplo: nas ações constitutivas negativas a separação judicial, desconstituindo a sociedade conjugal, ou no divórcio, desconstituindo o matrimônio. Enfim, normalmente afetas a interesse legítimo.

Claro que existem exceções, por exemplo, a tutela rescisória (denominada ação rescisória).

Sintetizando: mesmo ao processo civil (processo de partes típico) a lide não se queda imprescindível a seu manejo.

Na ação declaratória, outro tanto, a lide – geralmente – é objeto da ação principal, e queda-se manejada com o escopo de declarar situação paralela, não emergindo como fulcro direto do conflito. Mas, por vezes, apenas prova de um dos fatos da ação principal.

Então, a lide queda-se imprescindível ao manejo das ações condenatórias, no processo de conhecimento, quando disponível o direito; sendo prescindível nas demais, enquanto observamos a classificação tradicional das ações (conteúdo da sentença).

Assim – atento Leitor – mesmo no processo civil, a lide pode ser prescindível, por exemplo: nos procedimentos especiais de “jurisdição voluntária”.

Vejam, se ao Direito Processual Civil a lide pode restar marginalizada, com muito maior relevo ao Direito Processual Penal, porque versados direitos indisponíveis. Por fantásticos dez anos ouvimos o Professor Rogério Lauria Tucci bradar – de sua Cátedra – a inexistência, ou irrelevância, da lide ao processo penal. É o mesmo fenômeno dos procedimentos necessários, a propalada “jurisdição voluntária”. Nesses, a presença – ou não – da lide queda-se irrelevante.

A ação penal emerge a investigar a prática do ilícito até a efetiva “declaração” da existência do crime e o seu responsável, ainda se militar confissão desde o início das investigações.

Esta última frase emerge a deslindar o nosso escopo, vale dizer, mesmo militando a confissão desde o início da ação penal, esta (a persecução penal) queda-se imprescindível à aplicação da pena. Por outras palavras, a lide emerge irrelevante à ação penal, conforme antecipou Jacintho Nelson de Miranda Coutinho, em síntese à lavra de Rogério Lauria Tucci.

7f. a impossibilidade de concebermos as condições da ação ao processo penal

Asseveramos em todos os nossos trabalhos acerca do Direito Processual³³ que as regras orientadoras da obtenção da tutela jurisdicional (processo) não são idênticas quando cotejados direitos disponível e indisponível, processos civil e penal (respectivamente, apesar de, naquele também militar direitos indisponíveis = varas da família e sucessões).

Nisto postamo-nos enfadonhamente reiterantes, profligando a teoria monista em homenagem do reconhecimento de princípio e regras distintos (dualista).

O processo penal não resta dependente da existência da lide, tampouco do sonho de Liebman, que nem ao processo civil italiano hauriu o beneplácito dos demais doutrinadores às condições da ação. Aliás, atribuir – à ação penal – as condições da ação, que mesmo ao processo civil moderno³⁴ restam injustificadas, representa ingente atecnica.

Neste sentido, como (e porque) justificar a cada caso (particular) a legitimidade da parte, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido?

Vejam, se ao processo civil essas questões podem representar aspectos processuais, **ao processo penal são sempre o mérito da causa.**

Vale dizer, a possibilidade jurídica do pedido seria a investigação do fato típico, antijurídico e culpável, ou seja, os agentes do Estado deveriam investigar o ilícito penal, obviamente contemplado na norma material, sucedâneo do princípio da reserva legal, conforme a Constituição da República, artigo 5º. inciso XXXIX.

Por outras palavras, se o fato investigado não restar definido na norma (tipicidade), não haveria – na concepção de alguns – possibilidade jurídica do pedido, porque – ainda sob o entendimento de incientes – não tipificado na lei, o Estado não poderia requerer a investigação penal.

Portanto, a propalada possibilidade jurídica do pedido, em sede penal, restaria tipificada (e dependente) do direito penal material. Ora, quando o juiz verificar a ausência de tipicidade, analisará o mérito = não há crime porque o fato não é típico, nunca a carência de ação.

A legitimidade da parte ativa, conforme a Constituição da República, restaria num primeiro momento ao Ministério Público, a isto versa a maioria dos processualistas penais do Brasil. Porém, afirmamos que, em decorrência do regramento da oficialidade³⁵, a partir da prática do “fato” típico, antijurídico e culpável, os agentes do Estado são acionados para investigarem e punirem o malfeitor. Oficiando, cada autoridade, presentando o Estado no momento apropriado.

Resumindo o – anteriormente articulado – afirmamos que a legitimidade ativa para a promoção da ação penal seria do Ministério Público, porém, deve ser considerada a investigação preliminar realizada pela Polícia Judiciária, bem como, a possibilidade de o juiz complementar a atuação investigativa como agente do Estado (regra da inquisitividade).

Com efeito, a persecução penal deve ser realizada pelos agentes do Estado, oficiando – cada qual – no devido momento, emergindo a ação penal

³³ Desde 1991 com nosso: “Prática de processo penal – Manual de estruturação de petições por ex-Examinador da OAB”. Edmor. Outras edições 1994 e 1998. “Os modelos (políticos) de persecuções penais e a regra da inquisitividade. A incidência do contraditório no inquérito policial”. Edmor. 1999. “Introdução ao estudo dos processos. Profligando uma teoria geral.” Edmor. 2001. “O contraditório no inquérito policial e nas CPI’s.” Thomson-Síntese-IOB. 2005.

³⁴ Ações coletivas

³⁵ Rogério Lauria Tucci, obra citada.

como parte deste todo, caracterizando o ofício do Ministério Público, que não detêm o monopólio da persecução penal; apenas impulsiona a ação penal como agente – repisamos – do Estado.

A persecução penal é propriedade dos membros da coletividade, por isso o Ministério Público não detêm o monopólio. Aqueles (os membros da sociedade) contribuem com impostos para o Estado laborar com acuidade à segurança dessa sociedade.

Os agentes do Ministério Público são remunerados por meio do pagamento de impostos para impulsionarem a ação penal. Assim como a Polícia Judiciária deve investigar, na primeira fase da persecução penal, enviando os autos dessas investigações ao Poder Judiciário, ocasião que os agentes do Estado oficialão na segunda fase da persecução penal.

O Ministério Público não detêm o monopólio da persecução penal, tampouco da própria ação penal (persecução *strictu sensu*) que, caso o membro da Instituição não a intente no interstício legal, poderá ser promovida pelo ofendido e seus pares. Este o raciocínio dessumido do artigo 5º. inciso LIX da Constituição da República, profligando a idéia de legitimação ativa fixa no membro do Ministério Público.

Mas, caso fosse (não é, reafirmamos, porque os interessados poderão propor a ação penal "subsidiária"), o Ministério Público nutriria a legitimação extraordinária, ou seja, aquela que decorre da lei.

Isso porque, a Instituição não está relacionada com o direito material discutido na causa, não está diretamente envolvida na lide. Nem poderia, pois, o processo penal não resta coarctado às lides.

Para avançarmos no tema da – pretensa – teoria que impõe condições para o exercício da ação, imaginamos que haja legitimidade no polo ativo. Se não impusermos este dogma, como exercício exegético, não conseguiremos avançar.

Então, cultos Leitores, o polo passivo, o reconhecimento da legitimidade impõe a condenação do indivíduo. Nunca condições para o exercício da ação penal.

Escolindo, asserimos que o maior problema, considerando-se a legitimidade das partes, é que o reconhecimento da legitimação passiva, à ação penal, repercutiria na análise do mérito da causa, não em – pretensa – condição para o seu exercício (escusas pela reiteração).

O reconhecimento da legitimidade passiva quedar-se-ia à própria condenação do acusado, mediante a análise do mérito; textualmente: "Isso posto, comprovada a autoria do crime, condeno o acusado (...)". Essa sentença de mérito impõe a legitimidade passiva da ação penal. Outro absurdo!!!

Com este – mesmo – raciocínio, devemos considerar que toda absolvição não seria decisão de mérito, e sim, o reconhecimento da carência de ação. Ato que possibilitaria a renovação da instância, ou seja, o absolvido poderia enfrentar nova ação penal em decorrência do mesmo fato; por outras palavras, nunca restaria absolvido!.

Necessário escólio? Explicamos: o acusado queda-se absolvido, porque a sentença "declarou" que não perpetrara o ilícito penal (...). Se considerarmos a pretensa condição para o exercício da ação penal, ou seja, a ausência de legitimidade passiva; esta sentença que – de fato – analisou o mérito (não matou, não roubou, não delinuiu), teria a falsa natureza de carência de ação,

em decorrência da ilegitimidade da parte no polo passivo, ou seja, quando o juiz afirma que não é o acusado o causador do gravame, absolve mediante análise de mérito (não deu causa ao ilícito). Mas, se considerarmos a falaciosa teoria das condições da ação penal deveremos concluir que a negação da autoria resta afeta a ausência de legitimidade da parte passiva.

Novo absurdo!!!

Com este exercício quedamo-nos satisfeitos, entendendo provada a impossibilidade jurídica de teoria que oblitera a celeridade dos procedimentos em sede de processo civil (as condições da ação) a suscitar escolhas indevidas, apanagiando pessoas com a absolvição ou a carência de ação ao processo penal. Mais essa!!!

Quanto ao interesse de agir, seria torpe impor – à querida Consulente ou denodado Leitor – mais um parágrafo. Afirmamos, em breve período com duas frases, que sempre militará interesse de agir ao processo penal. Aliás, melhorando a assertiva: invariavelmente haverá o **dever** de agir do Estado, perquirindo a prática delitiva, impondo a pena ao responsabilizado criminalmente, porque o Estado arvorou-se – havia mais de dois mil e duzentos anos – a este dever.

É dizer, tão logo os agentes do Estado tenham conhecimento da prática delitiva devem (se não o fizerem prevaricarão) empolgar a persecução até o encontro da verdade material.

Alerta final

O contrato de incriminação, denominado “delação premiada”, a qual, marginaliza o principal interessado, o incriminado, macula o “Estado Democrático de Direito”, porque neutraliza a defesa e bane a garantia fundamental do contraditório.

E, não somos esquerdistas para endossarmos os assaltos aos cofres públicos praticados por ladrões que o excelente Regime Militar deveria ter banido do planeta.

Graças ao **Regime Militar** que cursamos as melhores escolas, todas públicas, a devolvermos aos contribuintes essas mal traçadas linhas, mas que representam o quixote da sociedade sem maracutaias.

Ainda nos bancos da São Francisco – USP o Nosso Amigo Maior vaticinou: “Caio... A orelha da Direita não arde” (Marco Aurélio Utyama) e temos orgulho de permanecermos com esses ideais, independente das atrocidades dos stalinistas modernos, sob a alcunha de petistas. Porém, regra é regra, já dizia a minha mamãezinha Cilde, que sempre me ensinou a respeitar as Leis, e o contraditório queda-se homenageado pela Lei Maior.

Caio Sérgio Paz de Barros, Professor Doutor pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP, publicou doze livros, sendo onze jurídicos acerca do Direito Processual Penal e Civil, sempre profligando a teoria geral do processo. E, outro livro documentário jornalístico, comentando o “caso Rugai”, onde patrocinou por dois anos os interesses de toda a família. Queda-se imperioso destacar que foi o primeiro a pugnar pela incidência da Garantia Fundamental do Contraditório às delações, mediante obra publicada em 2005:

“O contraditório nas CPI’s e no inquérito policial”, IOB-SÍNTESE-THOMSON. 2005, nova edição em Agosto-2016, E-book: Paz Jurídica. Publicou – também – diversos artigos em revistas especializadas, principalmente no “Repertório Quinzenal de Jurisprudência da IOB” e Revista Síntese de Direito. Parecerista e Advogado atuando em tribunais, mediante o patrocínio de recursos e ações que originariamente tramitam perante a segunda instância.