

**O contraditório no inquérito policial,
tema desenvolvido desde o início da
década de noventa pelo
Doutor em Direito Processual pela
Faculdade de Direito do
Largo São Francisco – USP**

Caio Sérgio Paz de Barros

1. A história do tema

Não existe tema mais disputado em Processo Penal, talvez na doutrina do Direito, que o **contraditório no inquérito policial**. E, para afastarmos especulações, estamos nesta seara desde o início da década de noventa, ou seja, seguramente somos os precursores modernos do tema: “O contraditório no inquérito policial”, quando participamos de palestras e conferências.

Alguns anos mais tarde, já agora em 1994, o Pranteado Jornalista Antonio Carvalho da Rádio Bandeirantes “AM”, convidou-nos a participar do Programa “Bandeirantes Acontece”, discutindo o tema acerca do “contraditório no inquérito policial”, emergindo, como um dos Produtores, o Festejado Jornalista Armando Forti.

Antes disso, **apenas o Jurisfilósofo Joaquim Canuto Mendes de Almeida enfrentou tema genérico**, versando o **contraditório como contrariedade** e generalizando o **inquérito policial como instrução criminal**, sob a epígrafe: “A contrariedade na instrução criminal”, Tese do Jurisconsulto ao Doutorado pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP.

Escolindo, pontuamos que **o tema específico: “o contraditório no inquérito policial” não fora intuído antes de nosso descortino a partir de 1991, no início de nosso posgraduação pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP**, e, por óbvio, colimávamos especificar a lavra do Jurisconsulto Joaquim Canuto Mendes de Almeida que – repisamos – generalizou o tema, asserindo acerca de toda instrução criminal (processo penal caracterizado por duas fases: a ação penal e a etapa que a antecede, compreendida pelas investigações preliminares instrumentadas nos autos do inquérito policial).

Portanto, não jactamos a idealização do tema em sua plenitude, apenas o especificamos, não só ao inquérito policial, mas ao contraditório, posto que o Jurisconsulto Joaquim Canuto Mendes de Almeida versou a contrariedade, que representa a contraposição argumentativa (embate) de idéias, muito mais ao (do que) simples contraditório (conhecimento e

oportunidade de manifestação, conforme descortinaremos nos tópicos subsequentes).

O Pranteado Doutrinador defendeu a contraposição argumentativa no processo penal, isto em 1937, porém, naqueles idos, não havia inquérito policial.

Este emergiu ao Processo Penal em 1940, pela pena do “Chico Ciência”, ou Francisco de Campos, então Ministro da Justiça do Excelente Governo de Getúlio Vargas, homenageando o inquérito policial em detrimento do “juiz de instrução” (modelo híbrido entre o francês e o inglês).

Escolindo, pontuamos que o inquérito policial (*esquissa* da Idade Média) “entrou” para o nosso ordenamento jurídico em 1941, ressalvando que a Tese do Professor Canuto foi defendida em 1937, ou seja, quatro anos antes do aparecimento do inquérito policial.

Por óbvio, esses aspectos não retiram o brilho da Obra do Jurisconsulto, diferentemente, reiteramos que **a sua Tese vai além, afirma que todo o processo penal deve ser orientado pela contrariedade (contraposição de idéias).**

Mas, não foi esta a idéia propalada pelos doutrinadores que versaram o Direito Processual Penal após 1940.

Contrariamente, todos os doutrinadores asseriram que a primeira fase do processo penal deveria ser executada sem a manifestação da defesa, exurgindo esta atividade do acusado – somente – na fase da ação penal, depois do interrogatório, que era o ato inaugural da segunda etapa do processo penal, após o recebimento da denúncia.

Todos os compêndios de Processo Penal, quer Cursos ou Manuais (de Processo Penal) afirmaram que no inquérito policial não era admitida a participação do imputado (aquele que suporta a imputação de um fato, possivelmente criminal). Aliás, esta afirmação sempre emergiu como lugar comum e, apartada da norma, posto que o artigo 14 do Código de Processo Penal permite a participação do imputado nas investigações carreadas ao inquérito policial.

Este mencionado artigo (14 do CPP) queda-se homenageado desde os primórdios do Código de 1941, não emergiu como alteração superveniente a Francisco de Campos. E, não bastasse a norma, todos os doutrinadores – repisamos – que versaram acerca do inquérito policial negaram o contraditório (conhecimento dos fatos e oportunidade de argumentação).

Com efeito, desde 1991 grassamos à defesa da incidência do contraditório no inquérito policial. Por óbvio, apoiamo-nos em textos esparsos, intuição de alguns – poucos – doutrinadores que, sem enfrentar diretamente o tema, comentavam a atuação do advogado nos procedimentos informais (administrativos). Assim emergiu a lavra de Hélio Tornaghi, Ada Pellegrini Grinover, Rogério Lauria Tucci, dentre poucos, tirante, por óbvio, o Nosso Mestre maior, o Jurisconsulto Joaquim Canuto Mendes de Almeida.

Ressalvando que, nem estes enfrentaram o tema do contraditório no inquérito policial antes de nossa qualificação ao Doutorado pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP. Aliás, **DESqualificação em 1999 mediante o tema: “O contraditório no inquérito policial”**.

Este outro ponto histórico do tema: “O contraditório no inquérito policial”. É dizer, em 1999 quedávamos com **a Tese – ao Doutorado – acabada**, todo o trabalho foi submetido à Banca apresentada pelo Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP, apesar de emergir – apenas – discussão com os membros da Banca, colimando depurar o tema, esses atos mediante a nomenclatura de Qualificação.

Vale dizer, antes da defesa de Tese ao Doutorado, o candidato submete o assunto à Banca, com o escopo de discutir a propriedade e a pertinência do tema, bem como, a forma de seu enfrentamento pelo candidato. Esta etapa de qualificação emergia tão tênue que, no mesmo dia de nossa reprovação, apesar da tese acabada, a filha do ex-Diretor da Faculdade (período 1985-86) submeteu sumário **manuscrito** à discussão pela Banca, quedando-se aprovada, por óbvio. Aliás, não houvera reprovação até a nossa inauguração; pois, o escopo da qualificação era discutir o tema com os membros da banca. Hoje, em algumas instituições, esta fase denomina-se prequalificação. Antes emergia como qualificação, a discussão do tema e o apontamento de possível sinótico a enfrentá-lo (o tema) por ocasião da defesa da tese.

Mas, **a nossa reprovação quedara-se como meio à usurpação de nosso tema**, “maracutaia” que nutriu a participação de falecido professor e de Antonio Magalhães Gomes Filho, **SEM** o plácito de nosso Festejado Orientador, o Catedrático Rogério Lauria Tucci.

O primeiro parêntese a escoliar o parágrafo queda-se a afirmar que o Jurisconsulto Rogério Lauria Tucci quedara-se perplexo com a nossa reprovação. Aliás, quase infartou, emergindo a atividade hilariante de o reprovado ter de consolar o Catedrático que presidia a Banca.

É que auxiliávamos o Festejado Rogério Lauria Tucci havia quatro anos, enquanto contratado pelo Programa PAE, lecionávamos a seus alunos desde 1996. Antes disso, desde 1991 privávamos da companhia do Catedrático, enquanto este nos admitiu no Curso de Posgraduação, antes como ouvinte, e, em 1994 como aluno matriculado.

Causou perplexidade ao Catedrático a reprovação de nossa tese acabada, **fruto (reprovação) da malfazeja intenção de FURTAR o tema: “O contraditório no inquérito policial”**. Pois é... Desde aqueles idos este tema causava inveja, fomentando atos escusos. Mas, desses atos **não** participou o Jurisfilósofo Rogério Lauria Tucci, muito pelo contrário, “passou mal”, sendo **amparado pelo reprovado, que demorou quase dois minutos para intuir a solução a evitar a perda do tema à orientanda do falecido professor (que nunca produziu nada, a não ser inimigos)**.

Quanto a este (falecido professor) desútil articular duas frases, basta afirmar que em quase quarenta anos mamando nas tetas da USP nunca escreveu trabalho de fôlego, tirante brochura acerca do inquérito policial, mediante epígrafe: “Novas tendências”, que **NÃO** abarcava, em sua opinião, o contraditório, porque **não militou nem menção do tema naquelas “novas tendências”**, apesar de que, esse falecido professor trabalhou com o Jurisfilósofo Joaquim Canuto Mendes de Almeida. Por isso a usurpação, **entendia que somente a sua orientanda deveria versar o tema**.

Por óbvio, **deveria ter pensado antes de 1991. Depois, “pensei EU...” (parafraseando Vinicius de Moraes: “... como EU”)**.

Duas linhas a mais para qualificar este professor que, costumava atribuir ao Excelentíssimo Doutrinador José Frederico Marques o apelido de “zezinho”. Agora conosco: imaginem se fosse – pelo menos – José, se Zezinho escreveu duas coleções de Processo Penal e três de Processo Civil, tirante os muitos artigos (...).

Quanto àquele, repisamos, único texto com cento e poucas páginas em quase quarenta anos, e muita inveja com perseguições, não somente conosco, foram várias vítimas, sempre com o dinheiro público, porque o Aluno da USP custa caro aos cofres públicos...

Até hoje suportamos a perseguição de seu *staff* (afilhado, apadrinhados e amiguinhos), por exemplo, nos diversos concursos à Docência na Faculdade de Direito do Largo São Francisco - USP. Concursos que não são acompanhados pelos Graduandos, muito menos pela imprensa, fomentando a escolha dos amiguinhos do Magalhães, aquele outro da Banca.

Tudo isso em decorrência do tema: **“O contraditório no inquérito policial”** que, **para evitar que caísse nas mãos da orientanda do falecido professor, quando nos levantamos, após a “reprovação”, excogitamos a publicação da Tese, fato que não permitiria a outrem louvar-se no mesmo tema, posto ser imprescindível o ineditismo.**

É dizer, demoramos quase dois minutos para **decidir publicar o tema, evitando que a orientanda haurisse o apanágio daquela reprovação. Resultado, mais perseguição ao doutorando.**

Importa destacar que **em menos de um mês a Tese fora publicada sob a epígrafe: “Os modelos (políticos) de persecuções penais e a regra da inquisitividade. A incidência do contraditório no inquérito policial”**. Editora Edmor. 1999.

Renovamos o tema, aditando a argumentação à incidência do contraditório no inquérito policial, mediante o título: “O contraditório no inquérito policial e nas CPI’s”. Thomson-IOB. 2005.

Existem artigos, conferências e inúmeras palestras, sendo – pelo menos – duzentas somente pela Ordem dos Advogados do Brasil em prol do contraditório no inquérito policial e, existem pesquisadores que não mencionam os nossos trabalhos. Aliás, a regra emerge a **não mencionar Caio Sérgio Paz de Barros como o primeiro a justificar a incidência do contraditório no inquérito policial.**

Por isso continuamos usurpados. Até o IBCCrim, excelente Instituto de Ciências Criminais, respeitadíssimo Centro de Pesquisa, arquivou (catalogou) o nosso livro: “Os modelos (políticos) de persecuções penais e a regra da inquisitividade. A incidência do contraditório no inquérito policial” (Edmor. 1999) como **negativa** à incidência do contraditório ao inquérito policial... Ingente absurdo!!! Absurdo que somente pode ser atribuído a amiguinhos do falecido professorzinho “inimigo de Pensadores”.

Vale dizer, quem “fez a ficha” no IBCCrim do livro: “Os modelos (políticos) de persecuções penais e a regra da inquisitividade. A incidência do contraditório no inquérito policial” **em 1999, NÃO O LEU; pois, desde o segundo capítulo, até os estertores, justificamos a incidência do contraditório ao inquérito policial.**

Tanta **disputa inidônea**, transformam curiosos a **desenvolverem o tema apartado do preconizado por Joaquim Canuto Mendes de Almeida, atribuindo função distinta a contraditório.** Aliás, poucos

termos nutrem tantos significados, e todos empregados sem o necessário descortino. Assim, contraditório queda-se aplicado no sentido de contradizente, ou seja, o rapaz emerge “contraditório” em suas afirmações. Ou no sentido de ser incongruente, p. ex: o rapaz desdiz as suas próprias afirmações, emergindo “contraditório”.

Com efeito, essa incongruência emerge latente, enquanto no mundo, principalmente os italianos, versam o contraditório louvando-se no escólio do Jurisconsulto Joaquim Canuto Mendes de Almeida, distinguindo os brasileiros, muitos da própria USP, atribuindo ao termo “contraditório” a semântica de contraposição de idéias, anulando o axioma contrariedade...

2. A semântica exauriente de contraditório e a distinção entre este, contrariedade e contraditoriedade

O contraditório caracteriza-se por ser o princípio constitucional de ciência bilateral dos atos do procedimento e oportunidade de manifestação.

Depurando, afirmamos que **ciência é conhecimento. O contraditório permite o conhecimento, pela parte contrária, da argumentação da (outra) parte.**

Queda-se conferido pelo Estado, por intermédio da autoridade oficiante¹, possibilitando o conhecimento dos atos do procedimento e, a esses partícipes, permite-se a manifestação.

O contraditório especifica-se, na universal definição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, pela “ciência bilateral dos atos procedimentais e oportunidade de manifestação”.

À caracterização do regramento do contraditório a autoridade deve legar conhecimento do ocorrido à outra parte e concitá-lo à manifestação, que pode não ser exercida.

O contraditório não se queda como a efetiva manifestação, não é a contra-argumentação da parte (contrária), tampouco é realizado pelo próprio opositor. É observado pela autoridade que impulsiona o procedimento, na qualidade de seu coordenador, por exemplo o delegado de polícia, o chefe da repartição pública, o juiz e, tantos outros.

São esses que concedem a oportunidade de manifestação da parte, apesar de que esta (parte) não resta no dever de manifestar-se. Esta tem o ônus de articulação, caso não haja manifestação, suportará sequelas; por exemplo, no processo civil “disponível”, caso não conteste o apresentado na inicial, “presumir-se-ão verdadeiros os fatos alegados pelo autor”, conforme dispõe o artigo 285 do Código de Processo Civil.

Então, **não se confundem contraditório e contrariedade. Esta é a manifestação contrária da outra parte** (a redundância serve à didática), rechaçando a pretensão do *ex adverso*.

Os agentes do Estado podem apontar fulano como o autor do delito, e citá-lo para os ulteriores atos do procedimento. **Por meio do contraditório, que emerge como a ciência e a oportunidade para a**

¹ Asseveramos autoridade, não juiz, porque o contraditório deve ser observado – outro tanto – nos procedimentos administrativos, conforme articulamos no tópico processualidade administrativa.

manifestação, este comparece exercendo a contraditoriedade, afirmando que praticou o ilícito.

Vale dizer, **por meio da contraditoriedade (que não se resume na contraposição argumentativa, e sim, a manifestação – efetiva – de seus desígnios = vontades)** Fulano aquiesce à imputação, não havendo **contrariedade, ou oposição de idéias.**

Mas, **a ciência, a oportunidade e a efetiva manifestação são imprescindíveis quando afetas a direito indisponível.** E, mesmo não havendo contrariedade (contra-argumentação da parte), o procedimento formal (roteiro da ação) desenvolve-se, pois é imprescindível a aquiescência do Estado-juiz à abertura da sucessão *mortis causa*; ao divórcio; à aplicação da pena ao delinquente, etc.

De outra banda, **quando disponível o direito em causa, imprescindível a contrariedade, ainda que mitigada. Sem esta, não forma a lide, porque não há pretensão resistida.**

Na presença de **direitos disponíveis, a contrariedade queda-se ínsita; pois sem esta, não emerge a necessidade pela tutela (proteção) do Estado.** Importante, quando disponível o direito, o contrário, ou seja, tratando-se da tutela de bens indisponíveis, mesmo no processo civil, milita a imprescindibilidade de o Estado-juiz compor a situação versada.

Respeitando o contraditório, o juiz lega² a informação e a oportunidade de manifestação por meio da citação. A ciência e a permissão para a articulação restam ínsitas a todo o tipo de procedimento, nos termos do art. 5º inciso LV³ da Constituição da República.

O contraditório é o princípio (base, origem) universal, recepcionado pelos sistemas democráticos de governo e, como tal, pelo Brasil, pontuando a Constituição da República, em seu artigo 5º inciso LV, que em todos os procedimentos será legada a ciência bilateral dos atos e a oportunidade de manifestação (contraditório).

Asserimos acerca de sistemas democráticos de governo, porque em Cuba, na Venezuela “de Chavez” e, mesmo nos “Estados Unidos do genocida Bush”, onde muitos permaneceram no “presídio de Guantânamo” sem – pelo menos – terem ciência acerca de imputações, acusadores, etc., por óbvio, o contraditório não é observado.

Mas, emerge como princípio universal, a todos deve ser fornecida a informação acerca de fatos e a oportunidade de manifestação.

A escólio, pontuamos que a mãe, timoneira⁴ do procedimento entre os dois filhos, lega o contraditório, quando reproduz o que um disse acerca do outro; por exemplo: “o joãozinho asseriu que você – Paulinho – não gostou da uva que ele comprou na feira”.

A mãe, como autoridade naquele momento, legou o contraditório ao outro irmão confirmar, ou não, o asseverado pelo primeiro.

O paulinho quebra-ossos poderá retrucar, desmentindo joãozinho ou, confirmar: “é verdade mamãe, esta uva é muito ruim”.

² Legar = dar, conceder.

³ Aduz o artigo 5º, inciso LV da Constituição da República: “Art. 5º .. LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;(…)”.

⁴ timoneira = que está no timão; que dirige; conduz; coordena.

O outro irmão confirmou, portanto, não houve contrariedade, e sim, contraditoriedade, ou seja, militou a manifestação da parte, não no sentido inverso, apenas realizou a confirmação do propalado pelo primeiro.

Neste momento do trabalho, importa fixar, na mente do Leitor, que contraditório é a simples **oportunidade de manifestação** após o **conhecimento** dos fatos, a ciência do alegado pelo primeiro, pela pessoa que iniciou o procedimento.

Entretantes, o autor promove a ação, deduzindo na petição inicial que o réu danificou o seu patrimônio. O juiz recebe a petição e determina a citação do réu para que ele apresente as suas observações.

Este poderá não comparecer, nada articular, suportando as sequelas de seu ato (no processo civil o réu nutre o ônus de refutar a articulação do autor).

Poderá – também – negar tudo, tipificando a contrariedade, que é a manifestação em sentido oposto (contrária).

Quando a articulação (manifestação) não for contrária aos interesses do primeiro, aduzimos que militou a contraditoriedade, após o contraditório. Este o simples conhecimento e a oportunidade de articulação.

O contraditório é – também – denominado como regra (dito princípio) da bilateralidade da audiência, vale dizer, bilateralidade, ambos os lados. Audiência é oitiva, seria “ouvida” dos dois (bi).

O contraditório é a determinação universal de ouvir as duas “partes”, a audiência (oitiva) dos dois pólos “contrários”.

O contraditório queda-se imprescindível em todos os procedimentos, quer administrativo, civil e penal.

É princípio constitucional que inflete a subsistema, por exemplo, ao Direito Processual, que, recebido como regra, resta sob a égide de um princípio (no Direito Processual Civil o princípio de demanda e publicístico ao processo penal)⁵ absorvendo a sua orientação, impondo o conhecimento dos atos procedimentais, enquanto não for óbice ao escopo deste subsistema⁶.

À caracterização do contraditório bastam conhecimento e oportunidade de manifestação.

Quando o partícipe do procedimento se manifesta, após a ciência, esta argumentação denomina-se **contraditoriedade**. Esta é a sua articulação, depois da comunicação e do conhecimento.

A contraditoriedade⁷ pode ser manifestada no mesmo sentido das palavras do outro partícipe, ou em oposição àquela. Quando isto ocorre, ou seja, **à manifestação contrária do “adversário” denominamos contrariedade. Tipifica-se pela contraposição argumentativa dos partícipes do procedimento, formando a dialética.**

Como síntese das linhas anteriores, pontuamos que, o contraditório especifica-se na informação e oportunidade para o exercício da

⁵ Vicente Gimeno Sendra. “Constitución y proceso”. Madri: Tecnos. 1988, p. 126.

⁶ Esta observação poderia causar perplexidade a alguns, vale dizer, asserir que em certos procedimentos militares o óbice à efetivação do contraditório. A isso a doutrina pátria tem denominado contraditório postergado, casos de liminares *inaudita altera parte*.

⁷ Contraditoriedade fora intuída por Rogério Lauria Tucci em: “Princípio e regras orientadoras do moderno Processo Penal”. Forense. 1986.

contraditoriedade. Mas, a prática desta não implica efetiva oposição de idéias⁸.

Aduzimos, escoliando o contraditório, que ao realizarmos palestra em faculdades, quando não cabalamos a total atenção dos presentes, (narramos) que certo insatisfeito abandonou o auditório comentando algo acerca do palestrante e, em decorrência de não ouvirmos o prolapado, o presidente da mesa lega o contraditório, solicitando que ele ou, outras pessoas digam aquilo que o deselegante aluno tenha asserido.

Claro que os presentes grassam à atenção, mas este é o melhor exemplo de contraditório, pois, a autoridade – o presidente da mesa – permitiu que o palestrante conhecesse das críticas (ciência dos atos) e tivesse a oportunidade de manifestar-se acerca das palavras da pessoa que abandonou o auditório.

O palestrante poderá, ou não, contra-argumentar, asserindo que não pode agradar a todos. Esta manifestação denomina-se **contraditoriedade**, pois, fora **simples observação sem postura contrária**. Se disser que o espectador emerge deselegante e, que deveria prestar a atenção, pois, nada sabe, praticará a contrariedade. Queda-se como posicionamento antagônico, contrário aos ditames da outra parte.

Mas, **o contraditório resume-se na simples informação e na oportunidade de manifestação.**

Com a informação, o Estado-juiz concretiza a oportunidade de manifestação ao acusado que deverá **apresentar algum articulado, nisto reside a contraditoriedade. Esta é imprescindível a toda a ação penal que se especifica na manifestação indisponível da defensoria, ainda que não haja contraposição argumentativa (contrariedade).**

A dialética, caracterizada pela contraposição argumentativa (contrariedade), impulsiona a ação civil quando disponível o direito.

Importa fixarmos que a inexistência de contrariedade, na ação civil, quando disponível o direito, fere de morte a demanda, repercutindo na ausência de interesse pela incoação⁹ do procedimento, extinguindo-se a ação da parte.

Impõe-se concluir, **a contraditoriedade importa no efetivo exercício do contraditório, constando em comparecer e escandir¹⁰ a sua argumentação que pode não ser contrária aos desígnios do outro partícipe.**

Diferentemente, **a contrariedade traduz-se em rechaçar o pretendido pela parte contrária**; como exemplo, podemos citar a contestação no processo civil. Pode haver contrariedade na ação penal, que residiria no exercício da contraditoriedade, por meio da contraposição argumentativa, por exemplo: negar a autoria da prática delitiva.

Pontuando: contrariedade¹¹ é prescindível à ação penal, não o sendo ao processo civil, trabalhista, tributário, etc., quando disponível o direito.

⁹ Incoar = tramitar.

¹⁰ Escandir está no sentido de apresentar; desabafar; delinear.

¹¹ Depuramos o instituto e concluímos que, contrariedade é o exercício da contraditoriedade, após a informação e a oportunidade daquelas, que se traduz no regramento do contraditório. A esta conclusão, louvamo-nos no magistério de Joaquim Canuto Mendes de Almeida: "a contrariedade é ação das partes. Tem suas raízes naturais no conflito de interesses e se

A contraditoriedade especifica-se na concreção do exercício da informação prestada, sendo necessária ao processo penal.

A contrariedade resta ínsita ao processo civil, quando disponível o direito; pois, sem esta (contrariedade) não há necessidade da tutela do Estado. Importante, quando disponível o direito; ao contrário, ou seja, **tratando-se da tutela de “bens” indisponíveis, esbarra-se na regra da compulsoriedade (propalada obrigatoriedade) da ação; vale dizer, a imprescindibilidade de o Estado-juiz fazer atuar a norma à situação versada.**

Com efeito, essas definições nutrem o escopo de introduzir a discussão, cotejando-se-as com os desideratos da jurisdição, ressaltando a distinção enquanto versados direitos disponíveis e indisponíveis.

Emerge cristalino, em nosso entendimento, que os atos do Estado-juiz, enquanto atua para aplicar a norma ao caso concreto, restam distintos, considerando-se a disponibilidade (ou não) do direito.

É fulcro deste intróito fomentar¹² este cotejo¹³, considerando-se a lide, o contraditório e a indisponibilidade do direito.

Destacamos – ainda – a jurisdicionalidade dos atos havidos nos “procedimentos necessários” (jurisdição voluntária), com maior atenção do Estado-juiz, exercendo-se-a mediante o regramento da inquisitividade, como sucedâneo do interesse dos membros da comunidade, reflexo do direito em causa.

Entretantes, a lide, o conflito de interesses resta importante ao Direito Privado, é imprescindível quando milita a disponibilidade “do bem jurídico” submetido à apreciação do Estado-juiz. Mas, quando os partícipes do procedimento não podem dispor do “objeto da jurisdição”, a ausência da lide não descaracteriza a proteção do Estado, pelo contrário, a torna imprescindível.

Por outras palavras, **enquanto as partes puderem dispor do direito, o exercício da jurisdição deve ser concebido na presença da lide. É imprescindível a presença do conflito para atuação do Estado; sem a lide, o autor carece de ação, por falta de interesse de agir.**

Quando surge o conflito de interesses, tratando-se de direitos disponíveis, aquele (conflito) resulta da ausência da realização amigável do Direito.

As partes não realizaram espontaneamente os seus compromissos e, como sucedâneo do surgimento da lide, para evitar a autotutela, buscam a atuação do Estado, por intermédio do juiz que, aplicando o Direito Objetivo, realizará a atividade que as partes não exerceram “voluntariamente”, substituindo-se-as (substituindo as suas vontades).

Se o direito for disponível, a contraposição de idéias, formando a dialética, impulsiona o procedimento. **Sem a contraposição argumentativa, caracterizada pela contrariedade, porque a lide é objeto da ação, não militaria a necessidade da atuação do Estado-juiz.**

manifesta processualmente na representação desse conflito diante do juiz. É por isso que os processualistas vêem na oposição de interesses a força motriz do procedimento, força que, disciplinada pelo juiz, para que funcione do melhor modo possível, conduz à consecução do escopo processual". Joaquim Canuto Mendes de Almeida. "Contrariedade na instrução criminal", p. 106.

¹² Fomentar = incentivar.

¹³ Cotejar = comparar.

Então, a lide é imprescindível à busca da tutela jurisdicional, quando perquiridos direitos disponíveis. Mas, a tutela jurisdicional pode restar afeta a direitos indisponíveis, situação que a presença da lide, ou a sua ausência, queda-se irrelevante.

É que o ato, submetido à apreciação jurisdicional, nutrirá validade após este necessário beneplácito pelo Estado-juiz (do ato, quando indisponível o direito). Esta é a única forma de conceber a sua validade.

Neste sentido, *nulla poena sine iudicio*, ou seja, é imprescindível a atuação do Estado-juiz a infligir a pena ao responsabilizado criminalmente.

O sobrestamento dos efeitos do casamento (separação) ou a sua (do casamento) dissolução (divórcio) serão conferidos jurisdicionalmente, **ressalvando a possibilidade, caso não haja incapazes, de ser realizada perante o cartório.**

Alguns doutrinadores costumam distinguir o regramento do contraditório e a regra da bilateralidade da audiência¹⁴.

Outros preferem afirmar que, no processo civil, vigora o princípio da bilateralidade da audiência, distinguindo-o do contraditório.

A essas objeções pontuamos: o contraditório é a informação e oportunidade para a manifestação. A contraditoriedade equivaleria a bilateralidade da audiência no procedimento, concebida em sua ampla acepção: oitiva.

O que necessitamos diferenciar é **a contrariedade, entendida como a efetiva oposição de idéias, ou melhor, a contraposição argumentativa manifestada por meio da contraditoriedade e, após a ciência dos atos procedimentais; resultando na dialética como o instrumento ideal para a composição dos conflitos.**

O equívoco traveste-se em imprimir sinonímia a contraditório e – efetiva – contraposição argumentativa.

Imaginamos que duas alunas, durante a aula, discutam e, uma delas saia da sala tecendo objurgatórias¹⁵ à outra, palavras ouvidas apenas pelos colegas que sentam próximo da porta.

O professor (autoridade em sala de aula) lega o contraditório, dando conhecimento à outra aluna acerca das ofensas irrogadas contra ela.

Neste momento fora legado o contraditório, ou seja, o conhecimento das objurgatórias irrogadas e a oportunidade de a aluna manifestar-se.

Se ela reagir, ou não, emergirá outra situação. O fato é que a oportunidade fora legada. **O contraditório representa esta oportunidade de manifestação após o conhecimento dos fatos.**

A regra do contraditório deve ser observada em qualquer procedimento, ainda que não jurisdicional, mas, tanto no processo civil, abarcando o direito privado, trabalhista, tributário, etc., como nos procedimentos administrativos, e no penal com maior rigor. Neste não basta a simples observância do contraditório, o imputado (num primeiro momento), ou acusado (após a formalização da acusação) deve, necessariamente, pontuar a sua tese defensiva (ainda que não haja

¹⁴ Antonio Scarance Fernandes. "O Processo Penal Constitucional". S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999, p. 54: "Há, assim, distinção: no processo penal, exige-se efetivo contraditório, mas no processo civil basta a ciência inicial da propositura da ação para que o princípio seja observado."

¹⁵ Objurgatórias = doestas, ofensas.

contraposição argumentativa), traduzindo-se em contraditoriedade. Neste caso, é o efetivo exercício do contraditório mediante simples manifestação.

Nisto discordamos de Scarance Fernandes¹⁶, enquanto classifica o instituto com duas características distintas, a bilateralidade da audiência e o contraditório.

O equívoco reside em considerar o regramento do contraditório como a efetiva contraposição argumentativa (contrariedade), transpondo para a bilateralidade da audiência a acepção daquele.

O regramento *audiatur et altera parte*, ou seja, **a oitiva dos interessados, espelha a contraditoriedade que é o exercício efetivo do contraditório, este, simples ciência e oportunidade (latente) para a manifestação da parte (processo civil) e partícipes (penal).**

Pontuadas as distinções, reafirmamos que a lide resta atrelada a disponibilidade do direito que, quanto mais aproximado do interesse comum, em proveito dos membros da sociedade, menos dependente da contrariedade.

3. As regras que orientam os procedimentos que impõem penas (o princípio publicístico como orientação ao processo penal)

Louvando-nos em apurada doutrina, reafirmamos que a acepção de princípio deve ser concebida como fonte irradiante e inesgotável¹⁷, sendo a origem e a base de um subsistema.

Este vaticínio aplicamos ao Direito Processual Penal, admitindo o (princípio) publicístico como início e lastro de toda a persecução; irradiando-se para orientar, aplicar e explicar o direito positivo, norteando os seus regramentos.

Buscamos em Calamandrei o escólio da atividade processual, enquanto persegue direitos indisponíveis, para ilustrarmos a incidência do princípio publicístico, ou seja: *"Il processo penale, infatti non ha scopo di rimuovere un disaccordo esistente tra accusatore ed accusato intorno all'esistenza del reato e alla misura della pena, sicché il processo perda la sua ragion d'essere la dove questo disaccordo sia amichevolmente composto tra i due 'litiganti'".*¹⁸

Inferimos do princípio publicístico que a ação penal não se cinge a vontade das "partes", não resta ao alvedrio de "litigantes".

O Estado não pretende punir o acusado, não colima a sua submissão a seus desígnios. Tampouco nutre aversão pelo imputado.

¹⁶ Antonio Scarance Fernandes. "O Processo Penal Constitucional". S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999; p. 55: "Dos conceitos colhidos entre os processualistas civis, extrai-se que há duas orientações: a) distinguem-se os princípios da bilateralidade e do contraditório, sendo suficiente observar o primeiro; b) é dado conceito restrito ao princípio do contraditório, que se expressa pela ciência inicial da ação e a oportunidade dada ao réu de, se quiser, se defender."

¹⁷ Aduz Floriano P. de Azevedo Marques Neto: "O termo 'origem' aqui não pode ser tomado apenas numa acepção genética inicial. Deve ser entendido como fonte contínua e mutável, ou seja, marco original permanente, que emite ininterrupta, mas não uniformemente os padrões que conformam o sistema" em: "O conflito entre os princípios constitucionais: breves pautas para sua solução", Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política -- 10, p. 41, nota de rodapé n. 4, explicando o sentido do termo origem.

¹⁸ Piero Calamandrei, em: "Il concetto di 'lite'", p. 16.

Lembre-se: nem sempre o imputado, ou acusado, é o verdadeiro autor do ilícito penal (sem mencionarmos os outros fatores que possam roborar à não responsabilização do agente, por exemplo, quando militar excludentes de antijuridicidade).

Portanto, o próprio Estado concederá toda a possibilidade de defesa ao acusado e, juntos restarão em busca da verdade material.

A investigação acerca da prática do delito, vislumbrando-se a ação penal, não pode ser tratada como **negócio** jurídico, nas palavras de Enrico Ferri. O acusado não é chamado como se fosse para submeter-se à cobrança de uma dívida¹⁹.

Alcandorado, os direitos versados na "jurisdição penal", o princípio publicístico²⁰ justifica esta relevância, ou seja, a sua indisponibilidade por estar afeto à liberdade, imanente ao ser humano. Mas, este fato deve ser analisado, outro tanto, pela contingência social, vale dizer, quando o indivíduo pratica fato (se nutrir vontade = ato) definido na norma penal, rompe as regras sociais, constringendo os demais membros do grupo, subtraindo a liberdade desta comunidade²¹.

É por meio da ação judiciária penal que o próprio Estado cumpre o seu mister, aplicando a pena, como meio de combater a criminalidade. Mas, o processo penal serve, outro tanto, como proteção ao inocente injustamente envolvido na persecução.

Então, é instrumento para arrostar a delinquência e absolver o jurisdicionado, quando não restar comprovada a culpabilidade.

Nessas, a caracterização da função social, ou seja, protege o unitário (indivíduo) e o grupo (sociedade).

Como apanágio dessas, as características tipificadoras do princípio publicístico.

Vale dizer, emerge do cotejamento entre o direito de liberdade, ínsito ao ser humano, e o poder-dever do Estado de punir o agente do fato típico, antijurídico e culpável.

¹⁹ Enrico Ferri, em "Princípios de Direito Criminal", Editora Bookseller, tradução Paolo Capitanio, ed. 1998, p. 129: "Para os neoclássicos, com efeito, toda a teia da sua técnica e dogmática jurídica se baseia no pressuposto de que Estado e delinquente estejam na condição jurídica que o direito privado põe entre obrigantes e obrigados, entre credor e devedor, como se um crime fosse um "negócio jurídico"! Pelo que eles concebem a justiça penal, por um lado, como direito do Estado à 'obediência política penal' e, por outro, como direito do criminoso perante o Estado, como se fossem dois sujeitos de direito com relativa 'pretensão' de débito e crédito, com igualdade de nível moral e jurídico! Do mesmo modo, colocados neste plano inclinado, alguns dentre esses chegam a considerar o processo penal como uma série de 'relações jurídicas processuais' na mesma medida do processo civil, como se o Ministério Público fosse um autor que cita judicialmente um réu (o acusado) para fazer liquidar pelo juiz a pena, a infligir ao vencido na demanda!".

²⁰ Vários autores coordenados por Rogério Lauria Tucci em: "Princípio e regras do moderno processo penal brasileiro". "Os modelos (políticos) de persecuções penais e o descortino da regra da inquisitividade. A incidência do contraditório no inquérito policial."

²¹ Em abono ao texto, Enrico Ferri articula o princípio publicístico, depurando-o com todas as nuances, página 25: "A notícia de um crime (...) determina sempre no ambiente social uma dupla corrente de emoções e de ações, (...) que o próprio crime revela, tendo em vista o valor das suas consequências e da sua repercussão. (...) A consciência pública é ferida por uma impressão de alarme, quer pela constatação da falta de vigilância e proteção onde o delito, com impudente audácia, pode ser cometido, quer pela preocupação de que outros bandidos ou mal intencionados – pelo contágio do exemplo – se sintam encorajados a partir de semelhantes ações criminosas.". Enrico Ferri, em: "Princípios de Direito Criminal", tradução Paolo Capitanio, Bookseller Editora, ed. 1996, p. 520.

Em síntese, asseveramos que o princípio publicístico irradia, à toda persecução penal, o seu escopo de orientá-la no respeito aos Direitos e Garantias Fundamentais do indivíduo e, o dever do Estado de combater a criminalidade, aplicando a pena ao agente criminoso, ou o absolvendo, quando não restar comprovada a culpabilidade.

No processo penal – como sucedâneo do princípio publicístico – há orientação em busca da verdade material, porque indisponível o direito. Esta emerge como a reconstrução mais aproximada da realidade, respeitando-se os Direitos e Garantias Fundamentais do cidadão (incisos aos arts. 1º e 5º da Constituição da República, por ex.: não se pode admitir a tortura, tampouco a violação de correspondência ou do domicílio, ainda que seja para investigar delitos).

A verdade processual (formal) emerge – outro tanto – da ausência de comprovação das alegações delineadas na ação, ou seja, se o autor alegou e não provou, ainda que verdadeiros os fatos e quando disponível o direito (condição primeira para a caracterização da verdade formal) surgirá a verdade ficta, como decorrência – repisa-se – da preclusão (perda do direito por não o exercer ou, tê-lo realizado erroneamente).

Abaixo do princípio publicístico encontramos a regra da verdade material, informadora – outro tanto – do processo penal²².

Define-se – a verdade material (dita – equivocadamente – verdade real) – como a reconstrução (atingível) dos fatos ocorridos por ocasião do evento danoso, em detrimento da preclusão, respeitando-se – sempre – os Direitos e Garantias Fundamentais do indivíduo envolvido na persecução penal²³.

É dizer, como orientação principal da ação penal emerge a regra da verdade material, que é a reconstrução atingível dos fatos ensejadores da persecução, respeitando-se os Direitos do jurisdicionado.

A busca pela verdade material deve ser limitada pela observância dos Direitos e Garantias Fundamentais do indivíduo envolvido nas investigações.

Reiterando o pensamento, afirmamos, a partir da notícia do evento danoso as investigações policiais são levadas a efeito com o escopo precípua de reconstruir o fato típico e antijurídico (somados a culpabilidade do agente, caracterizam o crime), atividade acabada na sentença que, declara a sua existência (ou não).

Essa reconstrução deve ser lastreada em elementos fáticos, encontrados por ocasião da prática delitiva, respigados e instrumentados nas investigações preliminares (inquérito policial).

A esse mister aplica-se a regra da oficialidade, que se concretiza pela ação dos agentes do Estado, enquanto intentam a reconstrução dos

²² Vários autores, coordenados por Rogério Lauria Tucci, em: "Princípio e regras orientadoras do moderno processo penal brasileiro".

²³ Em um presídio, o Diretor ficou sabendo de um plano de fuga, bem como de tráfico interno de entorpecentes, por meio de uma carta para um detento. Conforme dessumido, esta carta fora - indevidamente - violada e, os responsáveis punidos. Justificando a violação da missiva, o Diretor arguiu a busca da verdade material. Poderia - o Diretor - violar a carta, em busca da verdade material? Resposta: Apesar de haver regulamentação específica acerca do assunto, autorizando a violação da missiva, a Constituição da República, em seu art. 5º inciso XII, proíbe a violação das correspondências. Então, a busca pela verdade material não pode justificar abusos; pois, esta perquirição deverá ser limitada pelos Direitos e Garantias do indivíduo envolvido na persecução.

fatos, em busca da verdade material, pois, "o crime é uma das quebras do equilíbrio social (a mais grave); e assim, compreende-se que a Administração participe ativamente da luta (...), visando restabelecer o equilíbrio social rompido, assegurando a tranquilidade."²⁴.

Impondo concluir que essa busca será contida, não podendo ser desmesurada, rompendo o bom senso. Mas, a restrição é legal e, deve ser orientada pela observância dos arts. 1º e 5º (e respectivos incisos) da Constituição da República.

Vejam, da inércia das partes, no processo civil, surge a verdade formal; em contrapartida, ao Direito Processual Penal – como decorrência da orientação do princípio publicístico – qualquer possibilidade de inércia (ou desídia) dos sujeitos deve ser preenchida pela atividade inquisitiva do juiz, que é supletiva da inatividade dos partícipes do procedimento²⁵, sempre em busca da verdade material.

Firme nesse entendimento, na busca pela verdade material, devemos – na persecução penal – postarmos-nos em detrimento de institutos norteadores do Direito Processual Civil (como exemplo, dentre muitos, citamos a preclusão).

Os regramentos dispositivo e da eventualidade devem restar marginalizados à ação judiciária penal; pois, o Direito Processual Penal está comprometido com valores superiores, são direitos indisponíveis como a liberdade e o combate a criminalidade.

Vale dizer, o direito de liberdade do indivíduo não pode ser preterido em decorrência da inatividade de seu defensor²⁶.

É com este mister que homenageamos a regra da inquisitividade, vale dizer, mediante a atividade supletiva do juiz-penal ultima-se a verdade material²⁷.

Em síntese, deve o juiz-penal perquirir em busca da verdade material²⁸. Mas, essa busca deverá ser limitada pelas Garantias

²⁴ José Lisboa da Gama Malcher, em: "Manual de Processo Penal Brasileiro", p. 111.

²⁵ Evitamos falar em partes; pois entendemos que no processo penal há partícipes, nisto, louvamos-nos, mais uma vez, nas ensinanças de Joaquim Canuto Mendes de Almeida.

²⁶ O defensor pode haver perdido prazo para apresentação da defesa prévia, ou não haver comparecido à audiência e, ainda assim, o juiz-penal deverá officiar em busca da verdade material. Vale dizer, o juiz-penal preenche as possíveis lacunas, em decorrência da inatividade dos partícipes; pois estamos diante de direitos indisponíveis; o acusado não pode perder a sua liberdade, por causa da inatividade do defensor.

²⁷ Louvando-nos em Vincenzo Manzini, asseveramos: "Lo scopo del processo penale è l'acertamento della verità reale, senza limitazione: ma questo scopo deve essere reggiunto con l'asservanza di quelle garanzie formale che costituiscono la ragione del processo, cosé che i fatti ritenuti nella sentenza non possono acere che quelli provati nel procedimento. Se pertanto non sia possibile avere di um delitto alcuna prova, non pu• il giudice condannare soltanto in base alla sua scienza privata; e se cosé facesse, la sentenza, dalla motivazione della quale risultasse tale arbitrio, sarebbe impugnabile per annullabile per aver condannato senza prove.". Vincenzo Manzini, em: "Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano", vol. III, p. 266.

²⁸ Nilzardo Carneiro Leão, seguramente, o autor que melhor intuiu a verdade material para o Direito pátrio, sintetizou: "A comprovação judicial dos fatos pelo juiz, e da qual resultará a sentença, tem de ser tida na conformidade com as possibilidades da cognição humana, a certeza é a ausência de dúvida. Esta, já foi dito por Souza Neto, é a certeza dos loucos ("A mentira e o delinqüente"). (...) A infração penal como resultante de uma vontade, é um fato real. É uma realidade na conduta do indivíduo. Decorre disso a necessidade do julgador de se prender, sem possibilidade de afastamento, à verdade real. Não basta a sua fixação formal, mas o estabelecimento de sua verdade. A verdade real que é verdade material. (...) A verdade material é a verdade histórica. (...) Justamente porque se busca no proces-so

Fundamentais do indivíduo, Direitos delineados na Constituição da República.

3a. o regramento da legalidade orientando os procedimentos susceptíveis de imputação penal

Entendam as reiteraões como vício do didata nutrindo o desiderato de fixar as idéias. Neste sentido, o regramento da legalidade informa a todos os procedimentos, inclusive os administrativos, principalmente aqueles que nutrem o escopo de investigar para punir, sucedâneo da imputação penal.

Esta legalidade informa todo o procedimento, devendo – outro tanto – orientá-lo, antes mesmo de sua incoação, por intermédio de leis que respeitem os princípios constitucionais.

Entrementes, a Constituição da República impinge a realização das investigações penais, preliminares da propositura da ação, por intermédio da Polícia Judiciária, nos termos do art. 144, parágrafo quarto, como a Instituição responsável ao mister.

Não é o Ministério Público o encarregado da execução das investigações e, se a lei ordinária sobrevier neste sentido, será inconstitucional, porque disporá diferentemente do Quixote do Legislador Constituinte.

A Norma Maior dispôs acerca da realização – pelo Ministério Público – do inquérito civil, com o escopo de propor a ação civil pública, conforme já o dissemos no primeiro capítulo, que não pode resultar numa imputação penal, porque essas incoam a partir das investigações realizadas pela Polícia Judiciária.

Poder-se-ia rechaçar a nossa referência às formas de incoarem as investigações penais, louvando-se no art. 5º do Código de Processo Penal, às representações do Ministro da Justiça, do juiz, do promotor público ou, dos ofendidos. Mas, a norma noticia as possíveis formas de solicitação às investigações, não impõe a sua coordenação por esses representantes.

Entrementes, analisando todo o sistema, asseveramos que o delegado de polícia poderá, se ausentes a materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, não instaurar o inquérito policial.

Notem que milita a possibilidade de indeferimento – das investigações – pelo delegado de polícia. Não poderia ser diferente, posto que aqueles podem requisitar, não impingir a instauração do inquérito. Fosse imperiosa a determinação, o termo não seria requisitar/requerer, e sim, determinar/impôr/ impingir a sua instauração.

Tampouco permite que o Ministério Público as realize (investigações), como dessumem alguns, mediante leitura desatenta do art. 129 inciso VII da Constituição da República.

Neste, impõe-se mais um controle social ao inquérito policial, às investigações encartadas neste instrumento de justiça, porque nutre sete tipos de controles, conforme restou acentuado no capítulo 1, item “d” de nosso livro publicado pela Editora Thomson-IOB em 2005: “O contraditório no inquérito policial e às CPI’s”.

penal a verdade material ou histórica, é que ao juiz é dado o poder de dispôr de todos os meios (legais) necessários para chegar ao seu conhecimento.”.

3b. A regra da inquisitividade a igualar os partícipes do procedimento

Todo processo penal deve ser orientado pela regra da inquisitividade, apesar de os incientes aduzirem que esta justifica a ausência de defesa, e por isto, o inquérito policial emergiria "inquisitório", porque não é possível defesa neste iter procedimental.

Ingente inciência!!!

O Estado-juiz – quando indisponível o direito – atua, mediante atividade supletiva da inércia dos partícipes²⁹, investigando e decidindo, ainda que não fomentada – a investigação – pelos interessados (conforme delineado nos arts. 156 e 209).

Vale dizer, o juiz-penal tem o poder-dever de preencher as lacunas emergentes no procedimento, em decorrência da inatividade dos partícipes que não "oficiaram" no devido momento, ou o fizeram desidiosamente.

Define-se, a regra da inquisitividade, como a dupla atividade de coligir provas e decidir, repousando – a "função" – em única autoridade.

É dizer, **o mesmo agente do Estado tem o poder-dever de perquirir e julgar.**

O juiz-penal é inquisitivo, pois preenche as lacunas existentes no procedimento, como decorrência da possível inércia dos partícipes, podendo reinquirir testemunhas, reinterrogar o acusado, ou ouvir pessoas, ainda que não requeridas pelos "interessados".

No mesmo senso, **o inquérito policial resulta inquisitivo, não porque incoa em segredo, ou não permite a defesa do imputado, reiteramos: (é inquisitivo) porque repousa como atividade da autoridade policial duas atribuições: coligir provas e realizar juízo de valores³⁰.**

A inquisitividade deve ser havida com o escopo de preencher a inatividade dos partícipes. Nisto a sua atividade supletiva como regramento isonômico, ou seja, para igualar o simples acusado ao aparato estatal.

O poder inquisitivo do juiz atua quando indisponível o direito em causa, vale dizer, no processo penal e processo civil não orientados pelo princípio de demanda, p. ex.: os procedimentos que incoam em varas de família e sucessões.

Para fixarmos o nosso magistério, observamos que a regra da inquisitividade especifica-se na dupla atividade de única autoridade, promovendo a investigação e decidindo; enfim, a autoridade executa a iniciação probatória, apartando-se da inércia como atividade complementar a igualar os partícipes na persecução penal.

²⁹ Joaquim Canuto Mendes de Almeida em: "Contrariedade na instrução criminal".

³⁰ Claro que a autoridade policial não julga, mas, ao representar, requerendo a prisão preventiva, está exercendo certo juízo de valores. Quando a autoridade policial relata o inquérito policial, apesar de o Código de Processo Penal não admitir, o delegado de polícia está – grosso modo – valorando a prova produzida. Assim, reiteramos: o inquérito policial é inquisitivo, pois repousa as atribuições de coligir provas e "decidir" como atividades de única autoridade: o delegado de polícia.

De fato, confunde-se o regramento da inquisitividade, ínsita a todo processo penal, com arbitrariedade (conforme já tivemos a oportunidade de ressaltar).

Inquisitividade é o acúmulo das atribuições de investigar, coligir provas e decidir, como atividade de única autoridade.

Sincretizar os deveres de perquirir e decidir queda-se a tipificar a regra da inquisitividade, que pode ser exercida sem arbitrariedade. Aliás, na esteira das definições, Gama Malcher distingue: "a polícia tem assim atribuições discricionárias, mas não arbitrárias. Discrição é a faculdade de agir dentro de limites estritamente fixados pela ordem jurídica; arbítrio é a faculdade de agir livremente, sem limitações de acordo com os próprios impulsos e interesses."³¹

A regra da inquisitividade tem o condão precípua de preencher as lacunas, formadas em decorrência da inércia dos partícipes da persecução penal.

Emergência mediante ingente contra-senso admitir-se a impunidade do agente criminoso, por causa da desídia da autoridade que, devendo atuar naquele momento do procedimento, não o fizera, quedando-se inerte. Ou resultar na condenação de inocente, porque o seu defensor, no momento devido, não articulou a sua necessária defesa.

Com este mister emerge a regra da inquisitividade, vale dizer, no alvitre de preencher as lacunas, decorrentes da inatividade dos sujeitos da persecução penal, evitando prejuízos e, conseqüentemente, mitigando injustiças.

É de rigor **garantir que a inquisitividade não justifica a ausência do contraditório.**

A regra não se confunde com o sistema inquisitório; principalmente porque este incoa *ex officio*, distinguindo-se daquela, em razão da inquisitividade restar coarctada à iniciação probatória.

O sistema inquisitório resta tipificado pela regra da inquisitividade, somada a iniciação do procedimento *ex officio*; a presença de único agente do Estado que realiza as investigações e decide a seu talante; pode haver "reabertura" da ação penal, não obstante a absolvição do acusado, quando esta ocorre baseada na insuficiência de prova; etc., tudo isso, exacerbando os poderes de único representante do Estado em toda a persecução, redundando – por vezes – na arbitrariedade e abusos.

A escoliar esta assertiva desenvolveremos diminuta digressão à distinção entre atos administrativo e jurisdicional.

A diferença fulcral entre a atividade jurisdicional e a administrativa é a imparcialidade do Estado-juiz.

Nos atos administrativos não há imparcialidade, a autoridade oficiante, apresentando o Estado-Administração, impulsiona o procedimento com interesse próprio.

A inquisitividade como regramento processual, disposto na lei, por exemplo, artigos 156 e 209 do CPP e art. 1.107 do CPC, permite – já o dissemos – que o juiz investigue livremente os fatos submetidos a sua apreciação, conotando procedimento *ex officio*.

³¹ José Lisboa Gama Malcher, em: "Manual de Processo Penal Brasileiro", p. 115.

Esta atividade denotaria – aos desatentos doutrinadores – função administrativa, porque excogitariam a parcialidade da autoridade oficiante. Por isto – ainda estamos versando acerca da inciência de alguns – atribuem à jurisdição voluntária a natureza jurídica de procedimento administrativo.

É a atividade inquisitiva do juiz, mais acentuada nos procedimentos especiais ditos "voluntários", que conota a função administrativa do juiz. Porém, este incipiente entendimento aparta-se da técnica, dos comezinhos ensinamentos impostos aos graduandos, ocasião que se descortina a distinção entre os atos administrativo e jurisdicional. Este imparcial, mediante o princípio orientador da Magistratura Nacional.

Por outras palavras, o fato de o delegado de polícia atuar inquisitivamente, legando início à produção probatória, roborar ao entendimento da doutrina conferidor de sua – pretensa – natureza jurídica de procedimento administrativo.

Afirmamos roborar, considerando-se que esta – mesma – doutrina louva-se – outro tanto – na função administrativa do delegado que resta atrelado ao Poder Executivo, denotando a natureza jurídica de administratividade ao procedimento sob o seu talante.

Não o é. **O inquérito policial é procedimento jurisdicionalizado, porque incoa sob a égide do juiz e, tanto este, como o delegado de polícia, exercem suas atividades com imparcialidade.**

Nisto o fulcro da distinção entre atos administrativo e jurisdicional.

Neste o Estado age imparcialmente, apresentado pelo juiz que aplica a norma ao caso concreto. Naquele, a autoridade oficiante age em nome próprio, como representante do Estado.

Não pode ser legada conotação administrativa ao ato, como sucedâneo de a autoridade pertencer – outro tanto – ao Estado-Administração. Fosse assim, todo o ato praticado pelo juiz seria jurisdicional. E, considerando-se a assertiva, só o é, quando este executa atividade imparcial, apresentando o Estado a aplicar a norma ao caso submetido a sua apreciação.

O juiz também executa atos administrativos e, não podemos exemplificar – conforme toda a doutrina – com os atos de jurisdição voluntária, porque estes são jurisdicionais, praticando-se-os – o juiz – imparcialmente. Como exemplo de ato administrativo, praticado pelo juiz, citamos a situação do juiz titular da vara que, instaura procedimento ou sindicância a apurar as mazelas do cartório desidioso ou venal.

4. NATUREZA JURÍDICA DO INQUÉRITO POLICIAL

Repristinando as ensinanças escandidas no segundo tópico, considerando-se o Processo Penal e, com o escopo de distinção, pontuamos que **contraditório não pode representar a contraposição argumentativa**, conforme o colimado por José Roberto dos Santos Bedaque, porque, em muitos procedimentos criminais o acusado confessa a prática delitiva e aquiesce à aplicação da pena. Por exemplo "O matador do Parque", Francisco de Assis confessou a prática dos homicídios e estupros. Mais: disse que necessitaria permanecer preso, pois, caso retornasse à sociedade, voltaria a delinquir...

Ora, o “Matador do Parque” não apresentou a contraposição argumentativa e, neste caso, **nunca poderia ser julgado, caso o contraditório tipificasse esta contraposição de idéias.**

Reiteramos: excelentes Cultores do Direito alvitram abarcar à semântica de contraditório a contraposição argumentativa. Porém, esses esquecem da técnica, querem conferir a dois institutos distintos (informação e oportunidade de manifestação = contraditório / contraposição argumentativa = contrariedade) a sinonímia, apesar da ingente impropriedade. Excogite atribuir à cor vermelha as qualidades da verde. Pior seria conferir ao instituto do contraditório a atribuição de contrariedade. Fosse assim, pelo menos sessenta por cento dos procedimentos penais (ação judiciária penal) não poderiam serem julgados, porque milita a confissão da prática delitiva, impedindo que essas ações penais sejam julgadas (se contraditório representa a contraposição argumentativa, conforme o escopo de muitos incientes – modismo tolo –, esta inexiste nessas ações penais, impedindo os seus julgamentos, pois a Garantia Fundamental do Contraditório deve incidir a todo o procedimento).

Vale dizer, **em todos os “Estados Democráticos de Direito” deve militar o contraditório indisponível, e, este não representa a contraposição argumentativa, e sim, a simples ciência e oportunidade de manifestação.**

Entrementes, desde o Código de 1941 o contraditório deve ser respeitado às investigações preliminares cabaladas ao inquérito policial, conforme ditames insculpidos no artigo 14 do Código de Processo Penal, vigente até este ano de 2010 ou, pelo menos, até a revisão deste resumo coligido da obra esgotada: “Os modelos (políticos) de persecuções penais e a regra da inquisitividade. A incidência do contraditório no inquérito policial”. Edmor. 1999. Outro tanto sintetizado – o tema contraditório no inquérito policial – à publicação concebida pela multinacional Thomson-IOB-Síntese, em 2005, ainda disponível no mercado, sob a epígrafe: “O contraditório no inquérito policial e nas CPI’s” de Caio Sérgio Paz de Barros (www.IOB.com.br).

Louvando-nos no escandido no segundo tópico deste artigo, reafirmamos a necessária incidência do contraditório a todos os procedimentos que possam resultar em sanção e, como tal, às investigações coligidas ao inquérito policial.

Este (o inquérito policial) caracteriza-se pelo conjunto de investigações realizadas pela Polícia Judiciária, porque a Norma Maior determinou que a apuração preliminar dos ilícitos penais fosse realizada por esta Instituição.

A **Polícia Judiciária**, como Instituição de Nosso Sistema Judiciário, emerge caracterizada por ser **parte da Polícia Civil** encarregada de investigar a prática de crimes, normalmente, depois de sua realização ou, pelo menos, a evitar – mediante investigação – a prática de outros. São os agentes policiais atrelados ao Poder Executivo de cada Estado federado, como o Delegado de Polícia, o Escrivão e os Investigadores, considerando-se esses Estados federados. E, em todo o território nacional a Polícia Federal, com o Delegado Federal, os Agentes da Polícia Federal e os Escrivães.

É dizer, a apurar crimes praticados por pessoas comuns, sem liame com os agentes do Estado, a Constituição da República designou, de

acordo com o art. 144 parágrafo 4º, a Polícia Judiciária a perquirir a prática do ilícito penal. Isso não quer dizer que esses mesmos agentes não possam investigar a prática de crimes por seus próprios agentes ou pelos membros do poder público. Porém, nesses casos, podem ser auxiliados por outras instituições, por exemplo: Ministério Público, OAB, Casas Legislativas, etc., conforme escollado no texto “A impossibilidade de o Ministério Público investigar”, publicado pela Revista Trimestral de Jurisprudência da IOB; pela Revista “Poder e Justiça” em 2000; pelo Jornal Carta Forense; e, principalmente, resumido neste site da Editora Paz Jurídica, sem prejuízo de outros tantos divulgadores dos trabalhos do Professor Doutor Caio Sérgio Paz de Barros.

Por isso, repisamos, em trabalho específico publicado pela Editora Thomson-IOB sob a epígrafe: “O contraditório no inquérito policial e nas CPI’s” noticiamos as semelhanças entre as investigações coligidas ao inquérito policial e aquelas realizadas pelas comissões parlamentares de inquérito, distinguindo as especificidades de cada investigação, delimitadas pelas apurações de delitos penais que, pelas comissões parlamentares de inquéritos restam coarctadas pelo envolvimento de agentes do Estado-Administração e, no inquérito policial aos demais membros da coletividade.

Essas atividades conotam a natureza jurídica de administratividade, apesar de a apurada técnica não permitir a almejada – pelos demais doutrinadores, não por nós – generalização.

Em razão disso, enfrentamos as diversas teorias acerca das investigações preliminares, a imperiosidade da incidência das garantias constitucionais, característica do devido “processo” legal, grassando a partir do contraditório indisponível.

**4a. (diminuta – e necessária digressão à)
Processualidade administrativa
(texto proveniente de nosso: Curso de Processo Civil Escoliado
vol. I, 1ª. ed. 2008, 2ª. ed. Setembro-2010, cap. IV, tópico 4b3)**

Concebido – pela doutrina pátria, no qual não comungamos com esta orientação – **o processo como relação jurídica entre os sujeitos do procedimento em contraditório**³², os Administrativistas reivindicam a existência de processo perante o Estado-Administração.

Asseveram que o contraditório queda-se imprescindível aos procedimentos administrativos e, quando realiza a chamada da outra “parte” para os atos ulteriores do procedimento, transforma-se em processo, **apesar de o administrador atuar no seu próprio interesse**, ou melhor, **no interesse do Estado-Administração**.

Notem que **o administrador público é parte e órgão julgador dos procedimentos administrativos, situação susceptível a desautorizar esta atividade como decisória ou definitiva aos casos**.

Neste sentido, a própria Constituição da República tratou de conferir a possibilidade de buscar a tutela jurisdicional, nos termos do art. 5º, inciso XXXV da CR, enquanto pontuou **a inafastabilidade do controle jurisdicional, contra lesão ou ameaça de lesão a Direito**.

³² Cópia literal do labor de Elio Fazzalari.

A Processualidade Administrativa confere as garantias do processo jurisdicional aos procedimentos administrativos; razão primeira de a Constituição da República homenageá-los isonomicamente, conforme o art. 5º inciso LV da CR, tirante a inafastabilidade do controle judicial.

Com efeito, a Processualidade Administrativa³³ é caracterizada pelo conjunto de regras norteadoras do procedimento formal, que é o “roteiro” da ação. Todos os regramentos tipificando o **processo. Mas, este somente pode ser conferido por intermédio da atividade do Estado-juiz, mediante o princípio da imparcialidade, agindo como terceiro desinteressado.**

E, por mais que a doutrina possa equipará-los (atos administrativo e jurisdicional), a inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º inciso XXXV da CR) emerge como distinção fulcral; porque somente o processo (regramentos) lega estabilidade às decisões (a coisa julgada como supedâneo do Poder Judiciário e, escopo da cognição). Nisto o primeiro ponto de distinção.

4a1. procedimentos informal e formal

Este texto, sob este tópico, emerge como parte integrante de nosso “Curso de Processo Civil Escoliado”, vol. I, Capítulo IV, tópico 4b2, edição 2010. Editora Paz Jurídica, aos quais, afirmamos – reiteradas vezes – que **pode haver procedimento sem processo, vaticinamos que a sua informalidade não vincula as autoridades, tampouco os interessados.**

As decisões proferidas – nos procedimentos informais – não são orientadas pelos regramentos processuais, não militando a coisa julgada, tampouco a preclusão, regras que tipificam o processo (incidem à ação, que é o exercício da jurisdição com estabilidade, conferida pelos regramentos processuais).

A jurisdição pode ser exercida por intermédio de procedimentos informais, mas, não há processo sem a ação e, esta tramita por meio de atos previamente delineados pelo legislador.

Não é a única forma de atuar do Estado-juiz; porém, a maneira que lega mais estabilidade.

O fato de – nos procedimentos informais – não atuarem os regramentos processuais, permite aos interessados reiterarem pedidos, discutindo as determinações das autoridades, ou buscar a atuação do Estado-juiz (jurisdição), como última palavra aos seus desígnios (art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República).

É que – somente – a incidência de regras (processo) lega estabilidade às decisões, impedindo rediscussões.

Diferentemente existem os procedimentos formais, disciplinados pela norma, ou seja, todos os atos de sua cadeia restam definidos, servem como “itinerário” da ação.

Então, incidem as regras processuais aos atos do procedimento formal, que é o “roteiro” da ação.

³³ Odete Medauar. “Processo administrativo. Aspectos atuais”. S. Paulo: Cultural Paulista. 1998; p. 14.

Proposta qualquer ação, orientada pelas regras da cognição, seu desenvolvimento deverá observar um dos procedimentos albergados pelo processo de conhecimento.

Na **cognição existem quatro tipos de procedimentos formais, que são: ordinário, sumário, sumaríssimo e especiais (Processo Civil, pois, o Processo Penal queda-se sob reformas).**

A ação desenvolve-se por meio da sucessão de atos (procedimento) descrita na norma (esta cadeia de atos interligados), no procedimento de consignação em pagamento (um dos vários procedimentos especiais), o artigo 890 do Código de Processo Civil indica que o autor deverá depositar a quantia e chamar o credor para receber, ou propor a ação.

Concluindo, **toda a ação nutrirá procedimento já estabelecido pelo legislador.**

Impondo sintetizar que toda a tutela de consignação em pagamento deverá observar a mesma sucessão de atos que fora anteriormente idealizada pelo legislador e restam todos os atos descritos na norma.

A observância desses atos, bem como de sua sequência, resta imprescindível à sua validade (do procedimento formal), pois, orienta o trâmite do pedido conduzido pela ação, encartado na petição inicial, ensejando-se-a (a ação) como exercício da jurisdição.

Asseveramos que a jurisdição pode manifestar-se por outros meios, p. ex.: pelos procedimentos informais, e não exclusivamente em decorrência da propositura da ação.

Os processualistas pátrios dizem que o jurisdicionado tem o "direito de ação".

Diferentemente, **entendemos que milita o Direito à jurisdição, podendo manifestar – este poder-dever de atuar a lei ao caso concreto – por meio de medidas ou procedimentos, independentemente do efetivo “exercício da ação”. Por isso afirmamos peremptoriamente que sistematizamos o Direito Processual (Civil, Penal e Administrativo).**

Então, o procedimento formal (a maioria dos atos descrita na lei) norteia o desenvolvimento da ação, serve como seu roteiro, orientados pelas regras processuais.

Escolindo todo o pensamento, reafirmamos que processo é o conjunto de regras para a obtenção (estável) da tutela jurisdicional; mas que esta pode manifestar-se – também – por meio do procedimento informal.

Em epítome, processo é imaterial e orienta o procedimento **formal** (atos descritos na norma) à obtenção da tutela jurisdicional, legando estabilidade às decisões.

De outra banda, a sucessão de atos do procedimento administrativo não está descrita na norma, portanto, o funcionário público poderá submeter-se, ou não, a esta inquirição.

Assim como o chefe poderá, ou não, deferir atos requeridos pelo funcionário. Ao final, o chefe arquivará o procedimento (ou não) sem nenhuma formalidade.

E, caso for, poderá desarquivá-lo a produzir **novas provas**. Tudo isso sem observar sucessão previamente definida de atos que, no caso de procedimentos informais, restam ao alvedrio³⁴ da autoridade oficiante.

Se o Estado-Administração propuser ação deverá observar a sucessão de atos que está disposta na norma; pois, a ação tramita mediante atos descritos na lei.

Por analogia, se a pessoa utilizar o metrô, saberá previamente que, depois de fechadas as portas na estação “C”, elas abrirão na estação “D”, e sucessivamente, estação “E”, “F”, “G”, “H”, até chegar ao final (sentença como terminal da linha do metrô-trem); mediante **prévia ciência acerca dos atos**, pois, todas as estações **devem ser observadas pelo condutor. Assim como todos os atos do procedimento formal devem ser respeitados pela autoridade timoneira (juiz).**

É importante frisar que **nos procedimentos formais**, ou seja, aqueles que norteiam o desenvolvimento da ação, orientando as etapas de atuações das partes (ou dos partícipes, no processo penal) e do Estado, por intermédio de seus agentes, **a maioria dos atos resta delineada na norma, não podendo serem invertidos ou supridos.**

A ação concita a atuação jurisdicional que, na mais das vezes, será orientada por intermédio dos regramentos processuais, conferindo estabilidade às decisões.

A estabilidade reside na impossibilidade de rediscussão de questões em decorrência da preclusão, coisa julgada, etc. Essas, dentre muitas regras que legam estabilidade quando espargem ao procedimento formal que é o “roteiro” necessário do pedido conduzido pela ação.

Esta (a ação) assemelha-se à composição do metrô, enquanto a pessoa adentra o vagão e será conduzida a seu destino.

O pedido, como um dos elementos da ação, é conduzido por esta até a sua apreciação (destino), por meio de atos (estações) previamente apontados pela norma.

Por isso a ação é o efetivo exercício da tutela jurisdicional³⁵, mas, não é o único meio para a sua obtenção.

Distinguem-se pela estabilidade.

Nos procedimentos informais pode militar o exercício da jurisdição (interceptação telefônica e/ou busca e apreensão em sede de inquérito policial; pedido de prisão temporária ou preventiva; pedido de relaxamento da prisão em flagrante ou concessão da liberdade provisória); porém, o será sem a ação.

A tutela obtida por seu intermédio (procedimento informal) nutre caráter precário, inexistindo estabilidade, permitindo a reiteração de discussões.

Como exemplo, afirmamos que a autoridade policial requereu a decretação da prisão temporária. O Estado-juiz a deferiu mediante limite temporal e motivação de sua necessidade. No final do interstício legal, nova decisão será proferida, podendo haver “relaxamento” desta, a sua renovação ou a decretação da prisão preventiva.

³⁴ Alvedrio = intenção, vontade.

³⁵ Estamos com Flavio Luiz Yarshell, ocasião que afirma acerca de a tutela jurisdicional não restar coarctada a resultados. É que todo o comando emitido pelo Estado-juiz nutre o conteúdo de tutela, ainda que não final. “Tutela Jurisdicional”, ed. 1999. Editora Atlas.

Tudo isso por meio de procedimento informal, portanto sem a ação penal.

Imaginamos -- como outro exercício ao nosso magistério -- que a prisão temporária seja decretada, mas, sem supedâneo legal. No mesmo dia, ou nos subsequentes, a defensoria requeira (por meio de simples petição) a sua revogação. O mesmo juiz que a deferiu, poderá revogá-la ou, o defensor, entendendo restar pertinente à situação sob exame, impetrará a Ordem de "Habeas Corpus". Vejam, o tribunal ou o próprio juiz (não nesta ordem de *habeas corpus*) poderá revogar a custódia provisória (claro que a justificativa de ser um procedimento informal não satisfaz a revogação da prisão; pois, na ação penal também poderá haver revogação da custódia preventiva. É que o processo penal queda-se orientado pelo princípio publicístico³⁶, tornando importantes todas as decisões e, roborando a este, pontuamos que o Direito de liberdade queda-se ínsito ao ser vivo, devendo ser a orientação maior).

Diferentemente dos exemplos anteriores, imaginamos que o juiz (ou o tribunal) não revoguem o decreto de prisão. A defensoria poderá reiterar – constantemente – o pedido, e uma das justificativas é a informalidade do procedimento que não lega estabilidade às decisões.

Novamente ressaltamos que não se trata – apenas – de informalidade, mas, sobretudo do Direito Constitucional de liberdade (...). Perenizando o exercício, imaginamos outra hipótese, por exemplo, o fato de objeto permanecer apreendido em decorrência de decisão prolatada por autoridade (administrativa ou judicial). Se a decisão que negar a liberação do objeto for prolatada em procedimento informal, o pedido poderá ser reiterado (por óbvio, analisado) **inúmeras vezes**.

Mas, se a negação for prolatada – pelo Estado-juiz – mediante tutela exercida por meio da ação, não poderá haver decisão distinta daquela, tirante a possibilidade de ser revista com base no exercício do duplo grau de jurisdição. **Esta circunstância, uma das caracterizadoras da estabilidade, quando há incidência dos regramentos processuais.**

Aos parágrafos anteriores pontuamos que sistematizamos o Direito Processual, inclusive aos procedimentos administrativos, intuição concretizada desde o nosso: "Introdução ao estudo do processo. Profligando uma teoria geral", em 2001. E, mediante ingente escólio, agora com o Nosso "Curso de processo civil Escoliado", Paz Jurídica, 2008, segunda edição Agosto 2010.

Antonio Scarance Fernandes nega a existência de procedimentos informais, asseverando que todos são formais e restam descritos na norma³⁷.

³⁶ Rogério Lauria Tucci, e outros, "Princípio e regras orientadoras do moderno Processo Penal brasileiro". 1986.

³⁷ Antonio Scarance Fernandes nega a existência de procedimentos informais, asseverando que todos são formais e restam descritos na norma. Em síntese aduz que a natureza jurídica do inquérito policial é de sindicância, asserindo: "se caracteriza por um conjunto de atos praticados por autoridade administrativa, não configuradores de um processo administrativo. Sequer chegam a constituir procedimento, pois falta ao inquérito característica essencial do procedimento, ou seja, a existência de atos que obedeçam a uma seqüência predeterminada pela lei, em que, após a prática de um, passa-se à do seguinte até o último ato, numa ordem que deve ser necessariamente observada". Não podemos concordar com o festejado mestre das Arcadas. Antonio Scarance Fernandes. "Processo Penal Constitucional". São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999. p. 59.

Não podemos concordar com o Festejado Mestre das Arcadas. É que o procedimento, formalmente concebido, representa a orientação da ação³⁸. E, havendo ação, incidem as regras do processo (como primeira e essencial é a presença do juiz, agindo imparcialmente, este, como princípio da judicatura).

Então, o procedimento formal queda-se norteado pelas regras do processo, materializando-se-as, pois serve de orientador à ação, que é uma das formas de obtenção da tutela jurisdicional.

Mas, há **o procedimento informal**, ou seja, **aquele que permite o poder discricionário da autoridade oficiante**.

A lei determina a sua existência, os atos que ensejarão o seu início e o fim; porém, a norma não especifica todos os atos deste procedimento (informal), p. ex.: num procedimento administrativo disciplinar a norma orienta os atos de instauração, os intermediários e o seu final. Repisamos: não estão todos os atos do (procedimento) informal dispostos na norma.

O inquérito policial queda-se como exemplo típico desta informalidade³⁹.

É dizer, a norma aponta a sua existência e pertinência, alguns atos necessários e o seu encerramento, mediante o relatório da autoridade policial; legando – ao poder discricionário do agente do Estado – a sua instauração e os atos de sua constituição.

Nisso a informalidade.

4a2. procedimentos informais (administrativos) e as sindicâncias

Inúmeras vezes asseveramos acerca de **procedimentos administrativos** como exemplos dos **(procedimentos) informais**. **E, a escoliarmos as nossas idéias, utilizamos outro tópico de nosso Livro: “Curso de Processo Civil Escoliado”, vol. I, Capítulo IV, tópico 4b1, 2ª edição 2010. Editora Paz Jurídica, afirmando que obtemperada a SISTEMATIZAÇÃO do Direito Processual (Civil, Penal e Administrativo).**

Entender-se como Scarance Fernandes seria beneplacitar a existência de sindicância que poderá infligir o encarceramento ao indivíduo, a perda de bens e, demais sequelas de vulto (...). Impondo maior relevância aos procedimentos administrativos, apesar de serem observados no seio da Administração, sem a possibilidade de reprimendas drásticas, por exemplo, a prisão do imputado ou o bloqueio de seus bens. Neste sentido, residiria mais importância – a alguns – a advertência administrativa ou a suspensão (do que) à prisão e a perda de bens!!!

³⁸ Didaticamente, podemos afirmar que é o itinerário da ação.

³⁹ Louvamo-nos – também – em Eberhard Schmidt, para quem: "el hecho de que el derecho procesal prescriba formas para el desenvolvimiento de la actividad de la administración de justicia y exija absoluta observancia de estas formas, encuentra su sentido profundo y su justificación en la experiencia de siglos acerca del arbitrio de la autoridad y de los peligros de juzgamientos desprovistos de formalidades. La época de la recepción y el siglo 19 han conocido el valor de las "formas protectoras"; el proceso penal reformado reemplaza la falta de formas del proceso del estado policial por un procedimiento en el cual la necesidad de la vinculación a las formalidades debe ofrecerla ventaja de un objetivo desprovisto de sentido policial.". Eberhard Schmidt em: "Los fundamentos teoricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal", version Castellana del Jose Manuel Nuñez, Editorial Bibliográfica Argentina, Viamonte, Buenos Aires, 1957, p. 21.

A avançarmos ao tema, mister definirmos os atos do procedimento, considerando-se esta cadeia, esta interligação caracterizada pela dependência do (ato) anterior.

Nisso **a tipificação de procedimento, os atos restam interligados e dependentes do precedente.**

Formados pela sucessão de atos concatenados, distinguem os procedimentos formais dos informais. Aqueles observam a forma, estão dependentes da norma que determina a sua existência e a maioria, por vezes a totalidade, dos atos que o compõem, **devendo – a autoridade oficiante – observar o cumprimento de todos os atos de sua cadeia**, sob pena de eivar de nulidade, sucedâneo do descumprimento da **forma**. Por isto **formal**.

Há, também, os (procedimentos) informais, diferenciam-se dos primeiros, porque nestes não impera a regularidade dos atos, podendo ser invertida a ordem ou supridos alguns da cadeia, sem a alteração de seu conteúdo.

Ensaando certa gradação aos procedimentos, asseveramos que a regra – no Direito Administrativo – são os (procedimentos) informais. E, a respigar fatos susceptíveis da instauração do procedimento administrativo emergem as sindicâncias.

Estas (as sindicâncias) como atos realizados unilateralmente, sem restarem dispostos na norma, tampouco mediante critérios de sucessão, ordem e observância estrita. Nem a sua denominação queda-se mencionada pelo legislador, conferindo, mediante exceção, casos específicos de sindicância normatizada. É exemplo típico o inquérito civil, permitindo ao promotor público instaurar atos de investigação, sem observar regras ou forma preestabelecida, com o escopo de respigar provas à propositura da ação civil pública.

Vejam que o procedimento informal é mencionado na norma, assim como ocorre com os procedimentos administrativos revisivos, disciplinares, sancionatórios, etc.; porém, a totalidade de seus atos não resta determinada na lei, tampouco vincula a estrita observância dos atos pela autoridade oficiante. Esta o realiza, louvando-se primordialmente em princípios.

Diferentemente, **a sindicância não resta disposta na norma, não há delineamento de atos que a compõem e não podem implicar na aplicação de reprimenda, porque limitada a averiguação de fatos à instauração de subsequente (caso for) procedimento informal.**

Aventando **o inquérito civil como exemplo de sindicância**, asserimos que, de acordo com as Leis n. 7.347/85 e 8.078/90, os membros do Ministério Público poderão instaurá-lo para investigar atitudes ensejadoras da ação civil pública.

É dizer, cientes do cometimento de determinado ilícito administrativo ou civil, esses fomentadores da ação civil pública (por exemplo: indústria que polui o leito de rio ou que culposamente pratica atos ilícitos), poderão intimar o – apontado – responsável para prestar esclarecimentos e, caso for, indenizar os prejudicados.

No inquérito civil, realizado sem os controles do inquérito policial⁴⁰, os membros do Ministério Público poderão ouvir testemunhas, solicitar perícias, propor o pagamento de multas e indenizações; mas, a partir deste (inquérito civil) não poderá grassar a ação penal, porque apartado dos controles (internos e externos) inerentes ao inquérito policial.

Pontuamos que o inquérito civil não pode ensejar a ação penal, pois esta investigação é executada sem a fiscalização jurisdicional, tampouco milita o controle externo para mitigar possíveis abusos ou desmandos.

Com este entendimento asseveramos que **o inquérito civil nutre natureza jurídica de sindicância**, pois sem referência de atos regradados pela lei, permite ao promotor público respigar fatos, colimando a propositura da ação civil pública.

Então, **o inquérito civil, em nosso sentir, é concebido como sindicância, pois, o seu desiderato precípua emerge a encontrar elementos para ensejar subseqüente procedimento administrativo**, ou ainda, a ação civil, discutindo "negócios", nunca a liberdade do indivíduo.

Quando houver imputação, podendo sobrevir sanção, a sindicância⁴¹ não é meio hábil para grassar investigações, não podendo ser utilizada pelo Direito Processual Penal⁴².

É de rigor garantir, na maioria das vezes, quando instaurado o procedimento administrativo, inexistência de sindicância antecedente⁴³.

Como síntese, **a sindicância presta-se a respigar, pelo menos, o mínimo de informação à instauração de subseqüente procedimento, caso for, administrativo ou, (procedimento) formal que é o "roteiro" da ação.**

O inquérito policial inicia-se por meio de portaria ou a requerimento de interessados. Mas, se este (inquérito policial) permanecesse somente com os atos da portaria, teríamos a sindicância como natureza jurídica do inquérito policial. Porém, a partir do artigo 5º. do Código de Processo Penal de 1941, o Legislador traçou diminuto "itinerário" ou, pelo menos, os atos mínimos a serem considerados pelo delegado de polícia.

E, militando início, atos necessários e final elencados pela norma, não podemos tipificá-lo (inquérito policial) como sindicância. Aliás, emerge

⁴⁰ O inquérito policial nutre sete formas de controles, conforme nossos trabalhos, p.ex.: Revista Quinzenal de Jurisprudência da IOB-Síntese; março-2005.

⁴¹ Sérgio Ferraz, obra citada, p. 122: "a consequência dessa idiosincrasia do Direito Administrativo brasileiro é por todos conhecida: a Administração se julga senhora e dona do processo administrativo, decidindo, a seu talante, quando e como instaurá-lo, seu iter, a dimensão da atividade dos administrados em seu bojo, sua publicidade, ou reserva etc. Daí também algumas patologias que os advogados brasileiros por vezes devem enfrentar, tais como: a) a resistência da Administração em conceder vista de autos de processo administrativo, apesar da existência de expressas determinações legais a respeito".

⁴² Egberto Maia Luz. "Direito Administrativo Disciplinar"; p. 82: "é inegável e comprovado que a feitura da prova requer princípios da mais completa consonância encontrada na finalidade do processo penal e do processo administrativo disciplinar".

⁴³ Egberto Maia Luz. "Direito Administrativo Disciplinar"; p. 132: "temos, então, de admitir um princípio irreversível no Direito Administrativo Disciplinar: o processo é a regra, a sindicância é a exceção (...). A instauração da sindicância não se dá apenas pela inexistência de elementos suficientes para se concluir pela inexistência da falta ou da sua autoria, mas poderá ocorrer também quando não for obrigatória a instauração do Processo Administrativo Disciplinar.

susceptível de provocar até a prisão do imputado, quedando-se tênue a sua caracterização como sindicância.

A isto presta-se o presente escopo, a reafirmar as características do inquérito policial, do Direito Administrativo mediante orientação imposta pela observância de regramentos próprios. A distinção básica entre o ato jurisdicional e o administrativo.

Por isso asserimos que realizamos a sistematização do Direito Processual, considerando-se – inclusive – o Direito Administrativo.

Nesse embalo, afirmamos: é a presença do Estado-juiz, **atuando como terceiro imparcial, que distingue os atos administrativo e jurisdicional.**

A este (ato jurisdicional), não basta – somente – a presença do juiz, porque este pratica – outro tanto – atos administrativos.

A distinção essencial é a sua atuação como terceiro desinteressado, aplicando a norma ao caso concreto. Ao ato jurisdicional, o Estado-juiz recebe a causa sem nenhum conhecimento anterior, **oficiando** – já o dissemos – **como terceiro desinteressado**, aplicando a norma ao caso concreto, mediante **atividade soberana, como “última palavra” do Estado às discussões sociais.**

O **ato administrativo** emerge caracterizado pelo interesse próprio da autoridade timoneira do procedimento⁴⁴. No caso de o juiz praticar atos administrativos, este atuará no interesse do Estado-Administração, por exemplo, quando o **juiz titular da vara instaura procedimento disciplinar** a verificar a falta grave do serventuário da justiça.

Nesse sentido, **mister entender o Direito Administrativo como o complexo normativo⁴⁵ a delimitar a atuação do Estado-Administração com os demais entes. E, a moderna doutrina conferiu o ato administrativo como a principal forma de exteriorização desses relacionamentos.**

Esta moderna doutrina confere a característica de processo aos atos administrativos. Mas, **a regra do controle jurisdicional dos atos administrativos impede a caracterização de processo administrativo, porque o Estado-Administração atua com interesse próprio e não confere a “última palavra” às decisões.**

Esta discussão será mais agitada linhas adiante, neste momento mister caracterizar o ato, definindo-se-o.

À Teoria Geral do Direito, **ato é concebido como manifestação de vontade** e, orientado por regramentos transforma-se em **ato jurídico**, na singeleza desta definição que atormentaria os jurisfilósofos.

Aduzimos que **o ato administrativo é a manifestação de vontade relacionada ao Estado-Administração.**⁴⁶

⁴⁴ Em razão disto, ou seja, a atuação no próprio interesse como característica do ato administrativo, temos que o inquérito policial é procedimento jurisdicionalizado; pois, o delegado de polícia não oficia no seu próprio interesse.

⁴⁵ Odete Medauar: “Direito administrativo moderno”. S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999; p. 31: “O direito administrativo pode ser visualizado do ponto de vista científico como um setor de estudo no âmbito do Direito, dotado de objeto e princípios próprios. Ou pode ser considerado sob o ângulo de complexo normativo destinado a reger o funcionamento de uma das partes do organismo estatal.”

⁴⁶ Temos ciência de que, acerca deste tema, poder-se-ia escrever um tratado, não com o nosso apanágio, mas esta nutre o escopo da ressalva.

À identificação do ato administrativo ou, mais amplamente estruturado, às funções do Estado⁴⁷, são necessários dois critérios: o subjetivo e o objetivo, apesar de este restar bifendido em material e formal.

O critério subjetivo determina a natureza do ato a partir do órgão oficiante, ou seja, os agentes dos Poderes da República praticariam, em essência, os atos de governo, cada qual em sua atribuição específica.

Assim, o (Poder) Executivo realizaria (atos) de gestão do governo; o Legislativo realizaria – apenas – atos legiferantes, e, ao Judiciário cometeriam os (atos) jurisdicionais, considerando-se – já o dissemos – **o critério subjetivo**, ou seja, **o órgão que pratica o ato**.

Mas, o juiz também pratica atos administrativos (...).

Em síntese, **denominar funções de acordo com o Poder que as realiza ou, considerá-las estanques e absolutamente independentes e exclusivas⁴⁸ são concepções retrógradas acerca do Estado moderno**.

Nesse sentido, louvamo-nos em Regis Fernandes de Oliveira para sintetizar que **o Estado “pratica atos preponderantemente típicos, embora desenvolva atividade marginal”⁴⁹**.

Apesar de analisarmos as funções, ou seja, o ato no contexto global, a este repercute aquela. E, como tal, **o critério subjetivo não pode ser considerado como o melhor à identificação do ato**.

De outra banda, **o critério objetivo material** aproxima-se da necessária padronização à identificação do ato, porque elencar sistema específico à caracterização do ato administrativo, como fez Oswaldo Aranha Bandeira de Melo⁵⁰, não satisfaz a sistematização.

Assim, o critério objetivo material, mesclado com o interesse da autoridade oficiante, pensamos ser o ideal; considerando-se, também, a princiologia (capítulo cinco) orientadora daquele ato.

Com efeito, **o objetivo da função jurisdicional é aplicar a norma ao caso submetido à apreciação do Estado-juiz, porque os interessados não cumpriram o Direito espontaneamente**. O juiz queda-se como a autoridade oficiante que, **considerando-se o interesse, não age em seu próprio, e sim como terceiro, orientado (juiz) pelo princípio de demanda** ao processo civil, atenuando o rigor deste, quando indisponível o direito.

Distinto é o **ato administrativo**, no qual, o Estado-**Administração age em seu próprio interesse**, com o objetivo de fomentar as suas relações e o desenvolvimento da comunidade, guardando sempre a preponderância do interesse público sobre o privado, como o seu supedâneo.

⁴⁷ Celso Antonio Bandeira de Melo. “Curso de direito administrativo”.

⁴⁸ Regis Fernandes de Oliveira. “Ato administrativo”. S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001; 4^a edição; p. 21.

⁴⁹ Ob. cit., p. 21.

⁵⁰ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. “Princípios gerais de direito administrativo”; vol. I. Rio de Janeiro: Forense; p. 40: “As atividades legislativa e administrativa são de integração e a jurisdicional, reintegradora da ordem jurídica.”. Ressalvamos, como o fizemos no corpo da tese, que este critério serve ao Direito Administrativo, sendo desútil ao Direito Processual; mormente, nem sempre a atividade jurisdicional reafirma algo, por vezes, cria a relação jurídica, por exemplo, as sentenças constitutivas.

Entretanto, podemos caracterizar **o princípio informador do sistema administrativo que, sob o nosso pálio, tipifica-se pela preponderância do interesse público em detrimento do (interesse) privado.**

Note que esses critérios são relevantes à caracterização do procedimento que, como exemplo, citamos o inquérito policial tipificado pela doutrina como (procedimento) administrativo, posto **considerarem a autoridade oficiante (critério subjetivo).**

Conferem ao inquérito policial a natureza jurídica de procedimento administrativo porque o delegado de polícia o coordena. E, a função de delegado de polícia queda-se atinente ao Poder Executivo, como tal, na opinião dos incientes, a atividade administrativa do delegado de polícia conferindo esta natureza jurídica.

Mas o delegado de polícia não investiga mediante o interesse do Estado-Administração, ou melhor, (não investiga) com interesse próprio. Investiga para a sociedade afastar o delinquente de seu meio.

Por outras palavras, os membros da comunidade contribuem com impostos ao pagamento dos salários dos agentes públicos nutrido o escopo de estes investigarem a identificar o criminoso. E, após a identificação do membro da sociedade que descumpriu as regras básicas, cometendo crime, este deve ser afastado desta sociedade (prisão como afastamento do grupo), sucedâneo do desrespeito às regras básicas de convivência.

Toda esta investigação, repisamos, não se queda praticada em seu próprio interesse (interesse do Estado-Administração por meio do delegado), e sim, mediante o interesse da sociedade. Reiteramos: são os próprios membros do grupo que remuneram os agentes públicos a estes investigarem a prática delitiva.

Portanto, o delegado de polícia age como terceiro desinteressado, vale dizer, não nutre interesse próprio. Não pratica o ato com interesse do Estado-Administração.

Poder-se-ia sofismar, excogitando o ato de investigação pelo delegado de polícia, mediante o interesse do Estado-Administração de preservar a segurança pública. Sim, é verdade, a intenção queda-se com a segurança pública. Porém, esta emerge preservada ao bem estar dos membros da comunidade.

Vale dizer, é o terceiro que emerge beneficiado com a atividade do delegado de polícia e seus agentes (investigadores, escrivães, oficiais, etc.).

Notem a diferença, se considerarmos a investigação do delegado de polícia a descobrir qual agente de sua equipe tem aceitado propina, e orientado os meliantes contra as perquirições desta equipe de agentes comandadas por este delegado. Neste caso, o ato queda-se administrativo, posto realizado com interesse próprio; ou seja, é a própria Administração que nutre o escopo de afastar o mau agente público.

Portanto, o inquérito policial caracteriza-se por ser procedimento jurisdicionalizado, enquanto realizado pelo delegado de polícia e enviado ao Estado-juiz.

Existem, pelas casas legislativas, reformas processuais a serem envidadas e tornadas efetivas a alterarem o timão das investigações, conduzindo-se-as ao Ministério Público. Contra este absurdo

recomendamos o nosso texto aberto sob a epígrafe: “A impossibilidade de o Ministério Público investigar”, ripristinando trabalhos de fôlego, produzidos desde 1994.

Resumimos o nosso pensamento mediante a assertiva de, no Estado do Rio de Janeiro, os promotores coordenarem as investigações desde meados da década de noventa. E, infelizmente, a Cidade Maravilhosa não serve como modelo à segurança pública.

Tirante a nossa – possível – antipatia por alguns, pontuamos que os membros do Ministério Público promovem a ação penal e, caso investiguem, impulsionarão a perquirição inicial a facilitar o seu trabalho na segunda etapa do processo penal, a fase jurisdicional (ação penal).

Resumindo, mister ISENÇÃO às investigações preliminares, emergindo o promotor com parcialidade, sucedâneo de impulsionar a ação penal. A isto, exemplificamos: o Advogado de “A” requer a juntada de documento que, no seu entendimento, produz prova a retirar a incriminação daquele suspeito. O promotor, caso coordene as investigações, indeferirá, aduzindo que; “se existe tanta certeza, o **Nobre**⁵¹ Advogado deverá juntar a prova na fase processual, não antecipando a sua tese defensiva...”.

Este o vezo. Afirmamos com todas as letras e ao longo de – quase – vinte anos, em diversos – e excelentes – periódicos do Direito. Os agentes do Ministério Público não podem investigar em decorrência da ausência de ISENÇÃO. Nenhum ser humano manteria a imparcialidade, ciente de que o seu serviço quedar-se-á mais fácil se não admitir produção isenta de prova.

Com estas assertivas colocamos ponto ao tema investigações coordenadas pelo Ministério Público, aviando o nosso texto neste mesmo site da Paz Jurídica, ou; aos estudiosos, em nosso labor sob a epígrafe: “O contraditório no inquérito policial e nas CPI’s”, publicado pela Thomson-IOB-Síntese, 2005. Também na Revista “Poder e Justiça”, março-2000. E no Jornal Carta Forense. Antes desses, em nosso: “Os modelos (políticos) de persecuções penais e a regra da inquisitividade. A incidência do contraditório no inquérito policial”. Edmor. 1999. Obra esgotada, disponível em Bibliotecas, por exemplo: do IBCCrim; da FIG; da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP; do extinto TACRIM (Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo); da Faculdade de Direito do UNASP campus Engenheiro Coelho; da Faculdade de Direito da UNIP (campus Alphaville); da Faculdade de Direito da UNIBAN (campus OSASCO); do Supremo Tribunal Federal; do Congresso Nacional, e, por óbvio, na Biblioteca Nacional, dentre tantas outras.

Mas, Direito posto, até a presente atualização deste artigo, ou seja, Setembro de 2010, o inquérito policial emerge coordenado pelo delegado de polícia, o Senhor do inquérito, e queda-se enviado ao juiz, conforme ditames insculpados no artigo 10, parágrafos primeiro e terceiro; artigo 23 e parágrafo, dentre tantos outros.

Os reformistas tentam tumultuar o procedimento, enquanto CRIAM A FIGURA DO JUIZ LEGALISTA (garantista), a enviar o inquérito quando militar pedido à observância de algum Direito Fundamental. Ingente despropósito!

⁵¹ Esta terminologia suscita lembrança de minha mãezinha; pois, na verdade, a autoridade que se refere ao Advogado como Nobre, gostaria de escrever-falar acerca de sua mãe...

Quando isto ocorrer, o inquérito policial ou a própria ação penal quedar-se sobrestada a sua marcha, mediante digressão desútil ao Direito.

Entretantes, o inquérito policial emerge como o conjunto de investigações realizadas pela polícia judiciária, com o escopo de depurar a prática do crime, encontrando os sujeitos envolvidos, também para evitar que se protraia a permanecer nesta prática.

Essas investigações da polícia judiciária serão instrumentadas no inquérito policial, informando à posteridade os atos praticados pelos agentes do Estado.

O inquérito policial grassa a partir da portaria ou mediante representação e termina com o relatório do delegado de polícia.

Em 1841 operou-se a separação das atividades da polícia e dos juízes, que, dentre outros motivos, buscou a imparcialidade dos agentes encarregados da persecução penal, vislumbrando-se-a (imparcialidade) mediante o controle externo de suas atividades.

Este o escopo do presente tópico, reafirmar que as investigações realizadas pela Polícia Judiciária, instrumentadas no Inquérito Policial, suportam sete tipos de controles dos membros da sociedade, em suas diversas representatividades. São entidades de classe; agentes do Estado; enfim, sete categorias distintas de interessados vigiando a atividade do delegado de polícia, senhor do inquérito policial, mas, comprometido com os membros da sociedade, mediante esses – noticiados – sete controles.

Nesse sentido orienta-se a Constituição da República, impingindo à Polícia Judiciária a realização das investigações criminais, conforme o insculpido no art. 144, parágrafo quarto da CR. Outro tanto, o vigente Código de Processo Penal, assegurando que as investigações, para apuração dos delitos, serão executadas "pelas autoridades policiais no território e respectivas circunscrições" (art. 4º do CPP)⁵².

Então, tanto a Constituição da República, como a codificação existente desde 1941, determinam a Polícia Judiciária como a encarregada de apurar as infrações penais e, lastreados na melhor – e única – exegese dos arts. 129, inciso I e 5º, incisos LIX e XXXV da Constituição da República, podemos afirmar peremptoriamente: a norma constitucional não derogou a lei ordinária⁵³; diferentemente, reafirmou – em seu art. 144 parágrafo 4º – que a Polícia Judiciária executará as investigações penais; assim como o versado no art. 4º e seguintes do CPP.

Especificamente ao colimado por este texto, o art. 6º do Código de Processo Penal, confirma: "logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá" proceder a investigações, de acordo com os diversos incisos do mencionado art. 6º⁵⁴. Esta investigação,

⁵² Aduz o Código de Processo Penal, em seu art. 4o: "Art. 4º. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria."

⁵³ Aduzimos que o Ministério Público ao auxiliar a polícia judiciária, nas investigações, rompe o – propalado por alguns doutrinadores – sistema acusatório, ou seja, como irrogar-se um falso modelo de "processo de partes", se na primeira fase permite-se aos membros da Instituição cabalar as provas tendenciosas à acusação?

⁵⁴ Aduz, o art. 6o do Código de Processo Penal: "Art. 6o. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I – dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; II – apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e

assere a norma, será executada pela Polícia Judiciária, e, reportando-nos aos arts. 4º, 5º e 9º do mesmo Diploma Legal, deverá ser materializada no inquérito policial.⁵⁵

Quando a prática do delito deixar vestígios, o delegado de polícia deverá comparecer ao local dos fatos, após a preservação da área pela polícia militar, e, *in loco* cabalará os vestígios, outro tanto arrolará as testemunhas a serem ouvidas.

Infelizmente esta atividade tem sido realizada pela polícia militar, muitas vezes por soldados que nunca tiveram orientação sob a égide da norma processual penal.

Este um dos motivos à segurança pública claudicar, a ausência de preparo e péssima remuneração dos agentes. Por exemplo, o soldado da Polícia Militar nutre remuneração de um mil e duzentos reais, percebendo setecentos e noventa reais livres (existem vários descontos além do normalmente praticado na iniciativa privada). O delegado de polícia percebe em torno dos quatro mil reais (inicialmente à carreira). E, os promotores públicos dezoito mil reais, mediante ingente discrepância.

Notem, **a transformação do inquérito policial alijará os cofres públicos mediante ingente carga; pois, o delegado de polícia percebe um quinto da remuneração dos promotores públicos, necessitando – os Ministérios Públicos dos estados federados e o Federal – contratar mais de dez mil promotores e procuradores da república a praticarem a atividade hoje exercida pela Polícia Judiciária.** Agora, este não emerge como maior problema, pois, o cidadão merece a segurança pública. O maior problema queda-se à ausência de ISENÇÃO, conforme propalamos no texto específico e síntese acima.

O inquérito policial pontuado entre os artigos 5º. e 23, com os seus respectivos parágrafos, do Código de Processo Penal, emerge como única investigação criminal no mundo do Direito que se queda vigiada por sete controles distintos. São – pelo menos – cinco entidades sociais a vigiarem as atividades do delegado de polícia.

Direito posto, o inquérito será enviado ao juiz competente, conforme o mandamento insculpido nos parágrafos 1º e 3º do art. 10⁵⁶. E, louvando-

suas circunstâncias; IV – ouvir o ofendido; V – ouvir o indiciado (...); VI – proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VII – determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras periciais; VIII – ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; IX – averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuïrem para a apreciação do seu temperamento e caráter."

⁵⁵ Assim, os mencionados artigos: "Art. 4º. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função."; "Art. 5º. Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I – de ofício; II – mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. (...) – 2º. Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia. – 3º. Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito." e, "Art. 9º. Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade."

nos na apontada norma, podemos concluir que os membros do Ministério Público não realizarão as investigações, não irão coordená-las, e muito menos, auxiliar a polícia judiciária. Tampouco permite ilações, acerca do envio – do inquérito policial – diretamente ao Ministério Público⁵⁷.

Profligando o propalado por alguns⁵⁸, afirmamos que o inquérito policial será executado pela autoridade policial e enviado ao juiz competente. Não restará sob a orientação do Ministério Público, considerando-se – sempre – o direito positivo.

É dizer, o art. 129, inciso I da CR, referendou – o Ministério Público – como promovente da ação penal, mas, o art. 5º, inciso LIX da Carta Magna, ressaltou a sua promoção – pelo ofendido e seus pares – caso não intentada no "devido prazo"⁵⁹. Isso referente à própria ação penal que emerge como Direito da sociedade e dever do Estado, não se queda adstrita a alvíres particulares; pois, por incrível que possa parecer, os promotores são humanos.

Esse sistema de investigações (o inquérito policial realizado pela Polícia Judiciária, isenta, considerando-se a segunda etapa do processo penal) emerge como a melhor do mundo e nutre raízes no direito canônico, por ocasião da Idade Média, quando a esquisita quedava-se realizada pelo pároco, conforme escoliamos aos nossos Leitores, p. ex.: "O contraditório no inquérito policial e nas CPI's". Thomson-IOB-Síntese. 2005.

A Garantia Fundamental do contraditório encontra-se inserta no texto legal, referente ao inquérito policial, desde a sua égide pelas mãos do "Chico Ciência" o então Ministro da Justiça Francisco de Campos, em 1941, conforme o artigo 14 do Código de Processo Penal.

⁵⁶ Afirmam, os parágrafos do art. 10º. "Art. 10º. – 1º. A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e – enviará os autos ao juiz competente. (...) – 3º. Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poder requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz."

⁵⁷ Em alguns Estados da União, particularmente no Estado do Rio de Janeiro, ao contrário do texto legal, os inquéritos policiais são enviados às Promotorias Criminais, conforme escólio de Afrânio Silva Jardim: "Criou-se, no Ministério Público do Rio de Janeiro, um novo órgão de execução: as Promotorias de Investigação Penal, com atribuição específica de atuar nos inquéritos relativos a infrações penais praticadas em áreas territoriais determinadas, tendo como dado referencial as circunscrições das delegacias policiais. Tais Promotorias de Investigação Penal têm atribuição para atuar nos procedimentos persecutórios até final denúncia ou requerimento de arquivamento, que devem apresentar ao juízo criminal através de livre distribuição.". Afrânio Silva Jardim em: *Direito Processual Penal*, Editora Forense, 6a. ed. 1997, p. 342-343.

⁵⁸ Deparamos com o texto do festejado jurista Carlos Frederico Nogueira, excelente Professor de Direito Processual Penal que exornou o quadro de preclaros mestres do "curso preparatório CPC", no boletim do Instituto "Manoel Pedro Pimentel", pugnando pela realização das investigações preliminares pelos membros do Ministério Público. Como amigo permitimo-nos criticar aquele texto (...), posto que louvado em quixote, sem nenhum supedâneo na norma. Respeitosamente, o erudito Comentarista do Código de Processo Penal apresenta alguns julgados a lastrear o alvíre dos membros do Ministério Público, porém, o juiz brasileiro – ainda que lotado nos tribunais – não cria o direito, aplica-se-o (...). Assim, o texto – respeitavelmente – resta sem lastro jurídico.

⁵⁹ Abro parêntese, caro leitor, para comentar que a não promoção da ação penal no interstício legal, implica afirmar, por óbvio, que está inserida a falta de interesse pela sua propositura, ou seja, se o escopo do Ministério Público fosse a promoção da ação penal, o faria naquele prazo legal. Ora, quedando-se inerte, deduz-se a falta de interesse da Instituição por aquela causa penal, ensejando – conseqüentemente – a necessidade do ofendido ou seus pares, buscarem o Direito "negado".

5. Contraditório como princípio constitucional, que inflete ao Direito Processual, transformando-se em regra

As normas são orientadas por princípios, subprincípios e regras⁶⁰. Estas inflexíveis podem representar princípios quando infletidos a um subsistema.

Princípio é origem e base de um subsistema.

Quando afirmamos acerca de princípios, estaremos conferindo a sua importância como supedâneo (base) de um subsistema, restando as regras em sintonia à orientação, aplicação e explicação da norma.

Com efeito, cada subsistema do Direito é orientado por único princípio, que é a base, a origem e, deve nortear a edição, interpretação e aplicação da norma.

Pode um princípio, constitucionalmente referendado, transformar-se em regra, quando recebido por um subsistema. Mas, não é possível militar dois princípios em um mesmo (subsistema).

Então, constitucionalmente concebido, o contraditório pode ser considerado princípio; porém, quando "recebido" por um subsistema, tal como o Direito Processual, transforma-se em regramento por quedar-se dependente do princípio publicístico (processo penal) e (princípio) de demanda (processo civil).

Notem que muitos generalizam a acepção, afirmando que todos os regramentos seriam princípios; porém, este resta como único a um subsistema. Serve como origem e base.

Militaria ingente incongruência afirmar-se que um subsistema nutre diversas origens e bases. Por analogia, atribuiríamos a qualificação de filho (subsistema) de diversos pais (princípios).

A utilização da nomenclatura regra como princípio caracteriza manifesta atecnia.

A Constituição referenda o contraditório como princípio, mas, este transforma-se em regra, quando espargido ao Subsistema Processual Penal.

Já o dissemos mas, com o escopo de bem fixarmos as nossas idéias, repisamos: o processo penal é norteado pelo princípio publicístico, sendo o contraditório uma das regras sob sua orientação.

Escolindo, afirmamos que todos os regramentos norteiam-se a partir do princípio publicístico, restando dependentes e em sintonia; como exemplo, podemos citar o regramento da necessidade da ação penal – de natureza condenatória – para a imposição da pena ao responsabilizado criminalmente; ou seja, a partir da orientação desenvolvida pelo princípio publicístico⁶¹, emerge uma das regras do processo penal, a da necessidade, impondo – ao próprio Estado – a ação penal como única forma de responsabilizar – criminalmente – o agente do fato típico, antijurídico e culpável.

Com este alvitre, afirmamos que o princípio (constitucionalmente concebido) do contraditório orienta todos os procedimentos existentes nos

⁶⁰ Que são normas, na concepção universal, a partir de Crisafulli.

⁶¹ Este, releva o direito de liberdade do indivíduo envolvido na persecução penal mediante cotejo com o poder-dever do Estado de punir o agente criminoso, porque - antanho - avocou este mister, evitando a autotutela ou a justiça privada.

subsistemas do Direito (processos penal e civil, procedimentos administrativos, etc.), legando informação e oportunidade de manifestação aos partícipes.

No processo penal o regramento do contraditório grassa a partir de seu lastro público, nutrindo relevante importância; pois, competirá ao Estado-juiz conferir a informação aos partícipes dos procedimentos (penais), legando – ainda – a oportunidade de manifestação.

No processo civil as partes têm o ônus de demandar; **na "jurisdição penal"⁶² o Estado nutre o dever de assegurar a possibilidade de manifestação do indivíduo envolvido na persecução.**

É dever do juiz-penal legar a oportunidade aos partícipes manifestarem-se acerca de cada ato do procedimento⁶³.

5a. A incidência do regramento do contraditório às investigações preliminares cabaladas ao inquérito policial

Hoje, o regramento do contraditório deve orientar todos os procedimentos, ainda que administrativos, porque inerente ao Estado Democrático de Direito.

Esta observância resta imprescindível, se a sucessão de atos puder impor reprimenda, por mais singela que possa parecer (Francesco Carnelutti vaticinou que “a própria persecução penal emerge como ingente fardo ao imputado”, em: “As misérias do Processo Penal”).

A garantia constitucional do contraditório permite legar a amplitude de defesa, tornando mais crível as decisões. Inadmissível a verificação unilateral do "direito", produzida com abuso e desmando, porque sem a informação e a oportunidade de argumentação (contraditório), todo o "julgamento" traveste-se em arbitrariedade.

Como exceção permite-se o contraditório postergado ou, como alguns preferem "diferido", consistindo na informação após o cumprimento de determinada medida que, não fosse o sigilo inicial, seria prejudicada pela possível precaução do imputado.

Nos procedimentos administrativos impõe-se o respeito ao regramento do contraditório, com maior supedâneo a observância da Garantia Constitucional nas investigações preliminares instrumentadas no inquérito policial. Este **procedimento jurisdicionalizado (inquérito policial) repercutirá no Direito de liberdade do indivíduo.**

Os procedimentos administrativos poderão impor sanções disciplinares, patrimoniais e – por vezes – implicarão na perda do ofício. Porém, não repercutirão na liberdade do indivíduo. Isso o suficiente para ressaltarmos a importância do inquérito policial, necessitando ser observado o regramento do contraditório.

Não é justificada a negativa do contraditório ao fato de o inquérito policial ser realizado pela polícia judiciária⁶⁴ entendida como

⁶² Ressalvamos jurisdição penal, cientes de que estamos definindo "*strictu sensu*", pois, a jurisdição é una, não havendo dúvidas. Mas, quando ressaltamos jurisdição penal, reafirmamos que os regramentos informadores do processo penal não são os mesmos que orientam o processo civil.

⁶³ Concebendo-se - este - como a materialização do processo.

autoridade administrativa. Profligando a mais esta objeção, reafirmamos o nosso magistério anterior, ou seja, é o próprio Estado-administração que impinge a contraditoriedade aos procedimentos administrativos, impondo a nomeação de defensor àquele que não possa patrocinar as despesas com a constituição de advogado.

Notem, aos procedimentos administrativos sancionatórios (que possibilitam apenação-sanção = sancionatórios) o contraditório emerge tênue, quedando-se necessária a contraditoriedade, ou seja, **a participação efetiva do imputado. Muito mais ao simples contraditório, caracterizado pela informação e possibilidade de manifestação.**

É dizer, se o procedimento possibilitar a imposição de sanção a manifestação emerge imprescindível, não basta a simples possibilidade.

Diferentemente, os céticos entendem que **“justificando” ser – o inquérito policial – procedimento administrativo não precisariam admitir o estorvo da participação ativa do advogado, mitigando – como consequência – a sua carga laborativa.**

Profliga-se – outro tanto – a motivação mediante o dever de observar o contraditório nos procedimentos administrativos.

Vejam, alegavam que o inquérito policial emergia como procedimento administrativo para negar a incidência do contraditório, e, depois da Constituição de 1967, que respristinava a de 1946 **a observar o contraditório nos procedimentos administrativos**, renovaram a argumentação para negar o contraditório com base na mencionada desnecessidade, porque este emerge “observado na fase processual”.

Tanto numa, como n’outra, são desculpas vãs, pois, marginalizavam o fato de a Administração nomear Advogado se militar impossibilidade de o averiguado não nutrir condições para contratá-lo. Este fato (nomeação de defensor ao “investigado” administrativamente) resta sob orientação dos regramentos informadores dos procedimentos administrativos, sob a óptica dos lúcidos Administrativistas.

A isto impõe-se **concluir: o inquérito policial nutre natureza jurídica de procedimento sancionatório, ainda se administrativo fosse, teria como orientação os mesmos regramentos concebidos pela “Processualidade Administrativa”. Vale dizer, conferir as mesmas regras constitucionais do processo judicial, da segunda parte da *persecutio criminis*.**

Nesse sentido, o desconhecimento de alguns, enquanto tentam retirar das investigações preliminares cabaladas ao inquérito policial a

⁶⁴ Antonio Magalhães Gomes Filho, "Direito à Prova no Processo Penal", p. 143: "as perplexidades e as restrições ao contraditório, resultantes da estruturação do denominado sistema misto, crescem de importância entre nós, quando se tem em conta que, no Brasil, as funções de instrução preparatória são desempenhadas pela Polícia Judiciária, que não constitui um órgão do Judiciário, mas repartição administrativa, sujeita aos Executivos federal ou estadual.". Este autor inicia o seu livro alcançando a defesa, encerrando-se-o, enaltecendo a função dos promotores públicos. Bem... Quem “joga para diversas torcidas...” este ato queda-se comum. Note que o argumento de retirar as investigações da Polícia Judiciária emerge em decorrência de Esta Instituição do “Estado Democrático de Direito” quedar-se atrelada ao Poder Executivo. Mas, o modelo de investigações sob a égide do Ministério Público que intenta implantar no Brasil louva-se no sistema francês. Ora, também em França o órgão que perquire (ministério público) queda-se atrelado ao executivo. Aliás, o Judiciário não é independente naquele País, emergindo vinculado – repisamos – ao executivo. Parece ser desconhecido do “escritor”.

observância dos regramentos do contraditório e da ampla defesa, excutindo a participação ativa do advogado.

Com efeito, muitos motivos foram elencados, ao longo da história do Direito Constitucional, Processual Penal e Administrativo, a tentarem fulcrar a negativa do contraditório nas investigações preliminares, entendendo-se o contrário às liberdades públicas (o suspeito deve ser execrado até o aparecimento – espontâneo – de outro).

Mais: muitos negam a possibilidade de conferirem o regramento constitucional do contraditório à fase do inquérito policial tentando justificar mediante a sua incidência na etapa jurisdicional, e, neste caso, **seria desnecessária a sua observância antes da fase da ação penal.**

Articulam que o refazimento das investigações⁶⁵ – jurisdicionalmente – implica em perda de tempo, permanecendo, apenas esta, sob o crivo da garantia constitucional e, como consequência, restaria dispensável à persecução preliminar.

Pensamos que essas idéias suscitaram o – atual – caos na Segurança Pública (...).⁶⁶

Não bastasse, não repercutem aos membros da coletividade, tampouco aos suspeitos, favorecendo – tão somente – os verdadeiros

⁶⁵ Porque as perguntas judiciais nutrem natureza jurídica de perquirição.

⁶⁶ Em nosso livro "Os modelos (políticos) de persecuções penais e o descortino da inquisitividade. A incidência do contraditório no inquérito policial" articulamos o nosso pensamento acerca da responsabilidade pelo caos na Segurança Pública, principalmente no Estado de São Paulo. É que o ex-Governador Mario Covas, engenheiro por formação, mas sem nenhum conhecimento acerca do policiamento, entendeu que deveria acabar com o segundo andar das delegacias de polícia, redirecionando o trabalho de excelentes investigadores a cuidar de presos – porque não contratou agentes penitenciários – a conduzirem autos de flagrantes e inquéritos policiais aos fóruns (...). Esses agentes investigavam as ocorrências, mitigando a prática delitiva como sucedâneo dos resultados obtidos. Escoliando as assertivas, impomos a seguinte digressão: a polícia militar patrulharia – ostensivamente, porque fardada – as ruas, com o escopo de evitar a prática do delito. A sua postura fardada nutre o condão de inibir o criminoso, "espantando"-o daquele local. Porém, se esta atitude preventiva não restasse suficiente, sucedendo a prática delitiva, emergiria como atitudes (preventiva e punitiva) a atividade da polícia civil que, enquanto judiciária, investiga a ocorrência do delito, respigando a prova, instrumentando-se-a no inquérito policial mediante atividade imparcial (o agente policial não tem intenção de incriminar fulano ou beltrano, tampouco provar – judicialmente – a imputação irrogada na primeira fase da persecução penal. Fato possível, caso esta etapa reste ao talante do Ministério Público, considerando-se – tão somente – a natureza humana de seus membros. Vale dizer, se as investigações iniciais apontarem fulano como o autor do delito, os membros do Ministério Público poderão cabalar a prova com o escopo único de incriminarem este suspeito (fulano), porque a investigação inicial tenderia – tão somente – a facilitar o seu próprio "serviço" a ser desenvolvido na fase judicial, na segunda etapa da persecução penal. Nisso – propala Bismael B. Morais nas diversas (e muito boas) palestras que tem proferido sob a epígrafe: "Pugnando pelo inquérito policial.", nome – outro tanto – de vindouro livro em co-autoria com: Octacílio de Oliveira Andrade Júnior, Carlos Alberto Queiróz; Octacílio de Oliveira Andrade e Caio Sérgio Paz de Barros, pugnando pela permanência e necessidade das duas polícias (civil e militar). Sem a polícia de investigação, ou esta manietada em decorrência da economia praticada pelos timoneiros do PSDB, o delegado plantonista incumbira-se das investigações subsequentes, apesar de não haver tempo hábil à realização do plantão (a culpa não é própria, já o dissemos). Entrementes, restaram as equipes de plantões às suas realizações e às necessárias perquirições subsequentes, situações impossíveis de realização, porque não há tempo. A isso sucedera-se o caos na segurança pública. Vale dizer, o indivíduo pratica um delito, não é preso, praticam-se os demais (...).

delinquentes que se quedam impunes, em decorrência da ausência das perquirições preliminares.

Havia quinze anos que a negação da incidência do contraditório repousava na desculpa acerca da reiteração dos atos – realizados no inquérito policial – perante o juiz.

Vale dizer, asseveraram – antanho – acerca da repetição dos atos do inquérito perante o juiz, como justificativa da – pretensa – desnecessidade da observância de acompanhamento da prova pelo imputado. É dizer, na primeira fase, somente o Estado teria o direito de realizar a prova para acusar o – específico – suspeito.

A profligarmos esta argumentação, ressaltamos que pode militar ingente interstício entre as duas fases⁶⁷, perenizando provas inidôneas, sucedâneo óbvio do passar do tempo. E, em decorrência da infidelidade da prova, o verdadeiro autor do delito quedara-se impune (...).

A isto prestara-se a legislação lusa, determinando o acompanhamento do advogado desde o início das investigações, independentemente de motivações infieis, tais como: “necessidade de acusação formalizada” (...).⁶⁸

Outro tanto, não calha justificado – a negativa do contraditório às investigações instrumentadas no inquérito policial – o fato de as apurações serem realizadas por autoridade administrativa.

Profligando a mais esta objeção, reasserimos o magistério: é o próprio Estado-Administração que impinge a contraditoriedade aos procedimentos administrativos, impondo a nomeação de defensor àquele que não possa patrocinar as despesas com a contratação de advogado.

Entrementes, registramos a nossa síntese: se “justificam” o desiderato de inadmitir a participação ativa do defensor na persecução preliminar, mediante a argumentação de ser – o inquérito policial – “mero” procedimento administrativo, saibam de que, a Administração nomeia advogado se obtemperada a impossibilidade de o averiguado não nutrir condições para contratá-lo.⁶⁹

5b. O contraditório e a

⁶⁷ Isto não ocorre – apenas – no Brasil, importa lembrar de que as investigações para apurarem as circunstâncias do acidente que resultou no óbito de Diana Spencer, ex-princesa da Inglaterra, demoraram quatro anos. Muito estranho, pois a mãe de possíveis sucessores ao trono da Inglaterra restava grávida de um Tuaregue (árabe nômade do deserto).

⁶⁸ Joaquim Pires Lisboa, obra citada, p. 38: “a longa separação feita entre a instrução preparatória e a contraditória, sendo esta a verdadeira fase em que se iniciava a defesa, foi posta de lado pelo Decr. Lei 35.007 (art. 12 parágrafo 1º) (Direito Português) que mandou efectuar durante a instrução preparatória também as diligências que interessam à defesa. Caiu pela base a idéia de que a defesa só começa com a acusação formal.”

⁶⁹ “Já deparamos com casos verdadeiramente curiosos nos quais o servidor público entende que pode ‘justificar’, ele próprio, sua conduta tergiversada ou então atribuir essa tarefa a colega, porque, no seu entender, a demonstração da inocência não seria coisa de muita dificuldade. O fato é que o problema envolve, necessariamente, comportamento aéctico e, até mesmo, dissimulador da defesa que deve ser ampla, sagrada e deferida a quem tem competência jurídica para o seu adequado exercício”. Egberto Maia Luz, “Direito Administrativo Disciplinar”, p. 100. “Indefeso ninguém deve ficar. O Presidente da Comissão Processante, considerando a comprovada insuficiência econômica do indiciado, pode e deve nomear defensor *ad hoc*, sendo certo que este recurso é fartamente encontrado no âmbito do órgão ao qual está vinculada a Comissão.”. Egberto Maia Luz, “Direito Administrativo Disciplinar”, p. 100.

inconsistente “justificativa” acerca de – pretensa – ausência de acusação formalizada

Não é outra a realidade, somente aqueles que vivenciam o processo penal podem dessumir a inciência da argumentação acerca de acusação formalizada. Na verdade, salta aos olhos a insipiência da argumentação: "apenas com a acusação formalizada, poderá o acusado defender-se".

Eufemismo dos intérpretes entender-se a acusação posta – somente – após a citação ou o recebimento da denúncia.

A isto presta-se o presente tópico, ressaltando a incidência do contraditório às investigações preliminares e a pugnar pela permanência do inquérito policial sob a égide do delegado de polícia (com supervisão do juiz), como o é até a presente data (outubro de 2010). Mas, mediante o respeito às garantias fundamentais do imputado, principalmente, a todo o procedimento que militar a possibilidade de imposição de sanção.

Assim, se para a condenação, lastreada na prova obtida na fase pré-processual, são necessárias as reproduções judiciais (dos atos encartados no inquérito policial), até por fator de "economia processual" melhor admitir-se a atividade do defensor na colheita da prova desde a primeira fase, legando-se-o participação ativa. Ambos os partícipes (imputado e agentes do Estado) roborarão em busca da verdade material.⁷⁰

Reafirmamos os ditames da Constituição de 1967, e a sua emenda n. 1 de 1969, repristinando a Carta de 46, enquanto referendou a amplitude de defesa aos imputados.

A Carta de 88 repristinou os ditames da Constituição de 46, apesar de as emendas versadas não destoarem, beneplacitando o contraditório aos acusados em geral.

A nossa realidade é outra neste início do século XXI, algumas autoridades "motivam" a negativa, asserindo acerca da ausência de acusação formalizada (textualmente Nelson Nery Júnior). mediante interpretação distinta da norma, idéia patrocinada por pessoas "comprometidas com os ditames da política governamental".

É dizer, asseveram que a partir do contraditório grassa a segunda fase da persecução penal, pois caracteriza-se mediante o chamado do acusado a juízo (citação), ocasião que receberá esta propalada acusação formalizada. Antes – dizem os algozes da liberdade de defesa – “não milita acusação (...), sendo desnecessária a defesa”⁷¹.

⁷⁰ Comentários da lavra do “escritor” Antonio Magalhães Gomes Filho em: "O direito à prova no processo penal.". p.: "o STF assentou ser legítima a condenação que se funda em instrução policial não infirmada pela prova colhida na instrução judicial, porque o convencimento do julgador se inspira na realidade dos fatos apurados com isenção, e não no lugar onde se fez a colheita de provas (RTJ 88/388); no entanto, não se tem notícia de decisões excluindo peremptoriamente a possibilidade de utilização dos elementos do inquérito como prova, mesmo no plenário do Júri. Ainda às ps. 144 e ss.: "é copiosa a orientação jurisprudencial no sentido de que não é possível, diante da ausência de contraditório, a condenação com base exclusiva em elementos obtidos no inquérito policial (por exemplo: RT 492/328; 305/464; 512/355; RTJ 59/789 e 67/74)."

⁷¹ A inciência desses argumentadores queda-se manifesta, posto que o contraditório não resta caracterizado pela defesa. O contraditório é o conhecimento e a possibilidade de argumentação. A contrariedade caracteriza-se pela argumentação antagônica, formando a dialética. Notem que o contraditório permite ao imputado evitar a perda de tempo, apresentando o verdadeiro autor dos fatos.

O absurdo desta articulação resta cristalino ao depararmos com as constrações cabentes no inquérito policial e nas investigações parlamentares, resultando em cerceamento da liberdade ou da livre disposição patrimonial. Tudo isso, repisamos, ocorrente nas investigações preliminares.

Não bastasse, alguns juízes, mediante critérios políticos, têm deferido a legalização da escuta telefônica, ou melhor, deferem a medida judicial de interceptação telefônica, legalizando a escuta – indevida – executada antes daquela autorização⁷², por vezes praticada havia anos⁷³, ou com outra finalidade.

Louvando-se – os juízes – nas escutas, a maioria das vezes com muitas horas de gravações e sem imputação definida, decretam a custódia temporária do imputado, protraindo-se em definitiva, apesar da ausência de tipificação penal. Por exemplo, o tipo aberto da "formação de bando e quadrilha"⁷⁴, na modalidade concebida pela "juíza do Rio de Janeiro", "permite" a realização de todos os constrangimentos possíveis e impossibilita qualquer defesa, porque "não há acusação formalizada", sucedâneo dos crimes a serem apurados⁷⁵.

Neste sentido, é o inquérito policial peça preponderante à efetivação do contraditório.

Imprescindível nesta etapa, como bem acentuou Julio B. Maier⁷⁶, profligando a ausência de regras preestabelecidas a roborar à necessária

⁷² Infelizmente as concessionárias de telefonia não definem os horários das ligações, impossibilitando a comprovação da ocorrência antes da data do – efetivo – deferimento da interceptação com a finalidade de investigações criminais, mediante ato jurisdicional. A isto, sugerimos aos advogados que solicitem, perante as concessionárias de telefonia, a confirmação das datas daquelas ligações, bem como, à Ordem dos Advogados do Brasil, nas diversas Secções, para impingirem ao Legislador o acréscimo do fornecimento de datas pela própria concessionária de telefonia.

⁷³ O delito de "formação de bando e quadrilha" tornou-se – após a sua aplicação indevida por uma juíza do Rio de Janeiro num tipo aberto, lançado a pessoas contrárias à política governamental. Este é o problema suportado por Nosso Colega Anselmo Neves Maia que, como Advogado, na aceção e qualidade, sucumbiu ao tipo aberto inculcado no art. 288 do CP. Absurdo, pois todo o Advogado Criminalista necessita avistar-se com os seus clientes. Mais: este tipo, devidamente concebido, deve impor a pontuação dos delitos praticados, com as respectivas condenações (por estes delitos) transitadas em julgado. Por óbvio, não podem "jogar" para uma subsequente ação, sob pena de macular o art. 5º inciso LVII da Constituição da República.

⁷⁴ Óbvio de que o técnico bem sabe que a norma penal exige a declaração jurisdicional, com trânsito em julgado, dos crimes cometidos à tipificação da "formação de bando e quadrilha", porque o art. 5º inciso LVII da CR assim o determina. E, depois da verificação jurisdicional da prática de vários crimes, apurar-se-ão – na ação penal que investiga a "formação de bando e quadrilha" – os demais elementos do tipo).

⁷⁵ Todo o Advogado Criminalista resta passível de ser incriminado pelo tipo aberto da "formação de bando e quadrilha". Notem que as reuniões desses Advogados com seus clientes poderão – facilmente – emergirem como "união associativa", etc. O nosso Colega Advogado Anselmo Neves Maia resta encarcerado em decorrência de indevida escuta telefônica, relacionando fatos que, como Advogado, necessita contactar com os seus clientes (...). Assim, melhor averiguar esta famigerada incriminação.

⁷⁶ Julio B. J. Maier, em: "La investigacion penal preparatoria del Ministerio Publico", Ediciones Lerner, Buenos Aires - Cordoba, 1975, p. 54: "O labor preparatoria integra, además, el procedimiento judicial y como tal está sometida a todas las máximas constitucionales que limitan la persecución penal imponiendo la existencia de un 'legismo procesal', es decir, de una regulación fija (inalterabilidad del proceso penal) que deseche la arbitrariedad para poner en su lugar la seguridad, advirtiendo que la forma procesal representa la garantía de una recta administración de justicia.".

observância da participação ativa do advogado constituído pelo suspeito, porque o Estado arvorou-se de expedientes a permitir as constringões (pessoal e real) cerceadoras da liberdade.

Todas essas, independentes de acusação formalizada, resultando inSipiente a "motivação" (necessidade de acusação formalizada).

Sepultada a argumentação, vale dizer, restando desprovida da realidade jurídica a necessidade de acusação formalizada a permitir o contraditório, porque – invariavelmente – a simples imputação impõe cerceamentos ao "acusado".

5c. A imprescindibilidade do advogado à administração da justiça

A partir da *notitia criminis* há "de fato" acusação intentada; pois, as constringões grassam nas investigações preliminares, quer com a custódia do indivíduo; o rompimento da privacidade com – possíveis – interceptações telefônicas; o sequestro de bens, etc.

No mesmo sentido Leone, aduzindo que o direito de defesa deve ser reconhecido a todo tempo, em "qualquer momento do processo" (**sic**). E, Cavaleiro Ferreira, completando o vaticínio do Jurisconsulto italiano, aduz: "o espírito da instrução preparatória não é diferente do espírito que deve presidir às fases ulteriores do processo"⁷⁷.

Considerou, Giovanni Leone, o exercício da advocacia como serviço de utilidade pública e, imprescindível à ordem e justiça.⁷⁸

Igualmente Joaquim Pires⁷⁹ considera imprescindível a presença do defensor no primeiro interrogatório – vale dizer, desde as investigações preliminares – fulcrando o seu vaticínio na função pública exercida pelo advogado.

Todos têm ciência dos diversos projetos que tramitam pelas Casas Legislativas com o escopo de entregarem as investigações preliminares da persecução penal ao Ministério Público (...). Situação que há duas décadas postamo-nos contrários. Mas, a profligar a negativa do contraditório no inquérito policial, cotejando-se os sistemas: brasileiro e francês, aduzimos que em França, modelo aos reformistas pátrios, o decreto de prisão emerge após o interrogatório e o imputado poderá – desde o início – defender-se tecnicamente por intermédio de patrono habilmente constituído⁸⁰.

⁷⁷ Cavaleiro Ferreira, Curso III, ps. 148 e 149.

⁷⁸ "A assistência jurídica 'integral e gratuita' ao hipossuficiente economicamente, está prevista no inciso LXXIV do mesmo art. 5º. Ora, a esse respeito, já é chegado o momento de se por termo à discussão refere à defesa do indiciado em processo administrativo disciplinar. Ela somente pode ser exercida por intermédio de advogado legalmente habilitado. Estabelece o art. 133 que o advogado 'é indispensável à administração da justiça'. Ora, na esfera administrava há justiça, também. Então, não há que se indagar se o indiciado pode defender-se (a não ser que seja formado em Direito); se por eventual colega, habilitado ou não e, ainda, se obrigatoriamente, por profissional do Direito. É óbvio que somente por este último e, a consideração sobre honorários advocatícios é aqui, inteiramente supérflua". Egberto Maia Luz, "Direito Administrativo Disciplinar", p. 35.

⁷⁹ Joaquim Pires Lisboa, ob. citada, p. 43.

⁸⁰ Artigo 135 do Código de Processo Penal francês.

Em França, inexistia independência do Judiciário, emergindo atrelado ao Executivo, vale dizer, o Poder Executivo controla a última palavra à solução dos conflitos sociais.

5d. O sigilo das investigações e a participação ativa do advogado

Na Itália, sob a égide do Ministério Público, as investigações preliminares são sigilosas à proteção da honra e imagem do imputado, não militando nenhum valor a prova produzida nesta fase.

Escolindo o parágrafo anterior, aduzimos que sob forte influência do procedimento canônico da Idade Média, ocasião que o pároco investigava e decidia, mantendo-se-as em cartórios, lavradas pelos tabeliães, divulgando-se-as – tão somente – ao imputado e seu defensor (...). Este sigilo era realizado como proteção a sua privacidade⁸¹, apartando-se de imputações infundadas⁸².

É dizer, o pároco investigava, guardando as anotações nos cartórios, sob a lavra dos tabeliães, que não as divulgava, senão ao próprio imputado e a seu defensor (...).

Caso entendesse que militariam materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, proporia a segunda fase da persecução penal sob a orientação do Direito Canônico e, as investigações preliminares seriam arquivadas, não podendo serem utilizadas as provas cabaladas na primeira fase.

Diferentemente de nossa codificação (artigo 12 do Código de Processo Penal) o Código italiano acompanhou este ditame⁸³, insculpindo no art. 431 da *Procedura di Penale*, a orientação para arquivamento das investigações realizadas na primeira etapa, sob a égide do Ministério Público que pertence à carreira da Magistratura.⁸⁴

⁸¹ Este termo "privacidade" nutre orientação primeva na obra do Mestre Paulo José da Costa Júnior, Catedrático em Roma e na Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP, filólogo na acepção, descartinou esta semântica em prejuízo do horrível termo: "privacidade", importado do léxico americano.

⁸² Como exemplo, podemos citar o "caso Celso Pitta", ocasião que denunciaram empresários, políticos, maridos e pais, sem que esses soubessem da verdadeira imputação. Absurdos inigualáveis na história do Direito Processual Penal, nem na URSS de Stalin, tampouco na Alemanha de Hitler, praticara-se tanta barbárie. Arrasam com a imagem das pessoas, sem – pelo menos – informá-las das irrogações, vilipendiam o Estado de Direito, inexistente - em nosso país - neste início do século XXI; pois, o próprio "Fiscal da Lei" corre para a frente das câmeras, ao acender dos holofotes.

⁸³ Nosso trabalho: "Os modelos (políticos) de persecuções penais e o descortino da inquisitividade. A incidência do contraditório no inquérito policial". 1999. Editora Edmor. Outro tanto: Giuseppe Provera em: "O processo penal romano". Editora Giuffrè.

⁸⁴ "As investigações prévias (*indagini preliminari*) são confiadas ao MP, auxiliado pela polícia judiciária. Nenhum valor probatório é atribuído aos elementos colhidos durante o inquérito, que serve exclusivamente para formar o convencimento do MP para a acusação, salvo no que tange à produção dos elementos colhidos na fase do inquérito, utilizando-se a técnica de eliminá-los dos autos que se formarão para o julgamento pelo tribunal, com exceção do corpo de delito, das provas irrepetíveis e das antecipadas em incidente probatórios. As medidas cautelares, nessa fase, são da competência do juiz das investigações prévias (GIP). Encerrada a fase administrativa, se o MP solicita o arquivamento, o juiz das investigações preliminares, não concordando, providencia a realização de audiência contraditória perante a Câmara di Consiglio, podendo finalmente determinar sem embargo dos controles internos do próprio MP, que este formule a acusação.". Ada Pellegrini Grinover, em "O Processo em Evolução - Ensaios - Processo Penal", p. 227.

Em idêntico senso é a orientação moderna do Direito continental, pois "a tendência atual no direito italiano é a de restringir os notáveis poderes concedidos aos magistrados, e, em especial, ao Ministério Público, com vistas a uma participação ativa do acusado, desde a fase das investigações preliminares."⁸⁵

Asserimos que a participação do imputado, mediante o contraditório, só poderá reverter em benefício dos agentes estatais.

De outra banda, a apenação do inocente resta como característica da impunidade; porque o verdadeiro autor do ilícito não fora punido (...).

Assim, tanto o sigilo, como a incomunicabilidade, não tocam o advogado, como poderiam imaginar alguns desavisados.

É o sigilo das investigações que garante a imagem do imputado, hoje tão maculada, pois, divulga-se primeiro aos meios de comunicação, depois ao próprio imputado; tudo isso, contrariamente ao alvitado pelo Legislador de 1940 (CPP).

Vale dizer, o sigilo representa a proteção do Estado contra indevidas divulgações, em homenagem da honra e imagem do indivíduo envolvido na persecução penal.

Não pode – o sigilo das investigações – emergir concebido como meio de segregação do imputado.

É – de fato – a sua proteção contra o indevido alarde de imputação que poderá resultar deserta e, para não danificar a sua honra, moral, imagem social, a autoridade deverá atribuir àquelas investigações o caráter sigiloso. Mas, não pode afastá-lo de seus familiares e do advogado, como bem salienta o art. 5º inciso LXIII da Constituição da República.

Com efeito, a autoridade policial colige provas e decide ao longo do procedimento; nesses atos, a caracterização do regramento da inquisitividade.

Na verdade, o legislador de 1940 quis – tão somente – adequar instituto ínsito a toda persecução penal, com regramentos processuais modernos. Fê-lo conscientemente, sem os embargos da doutrina contrária, tratou de observar o regramento do contraditório no próprio procedimento investigativo, conforme o insculpido no art. 14 do CPP⁸⁶.

O absurdo maior queda-se a excogitar que o sigilo das investigações toquem o advogado (...). Este é imprescindível à administração de justiça e, como sucedâneo da incidência de todos os regramentos constitucionais, processuais, éticos e morais, o advogado emerge como porta-voz do imputado, devendo relacionarem-se, assim como ocorre no mundo⁸⁷.

Temos visto que a negação de produção de provas pelo imputado, dificulta o testemunho de pessoas alheias aos quadros da polícia, comprometendo o depoimento, pelo menos a busca pela reconstrução – imparcial – dos fatos (verdade material).

⁸⁵ Torquato Avolio e Luiz Francisco, "Provas Ilícitas", p. 32.

⁸⁶ Artigo 14 do CPP. "Art. 14. O Ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que ser realizada, ou não, a juízo da autoridade.". Para melhor orientação acerca da incidência do regramento do contraditório no inquérito policial, sugerimos o nosso trabalho: "Os modelos (políticos) de persecuções penais e o descortino da regra da inquisitividade - A incidência do contraditório no inquérito policial".

⁸⁷ "A própria incomunicabilidade não é extensiva às relações entre o arguido e o Advogado (art. 116º do Código de Processo Penal francês).".

Diferentemente seria a permissão de sua participação ativa, possibilitando a oitiva de pessoas apartadas dos quadros da polícia, ou seja, nem tanto imparciais.

Pior: em alguns sistemas processuais, nos diversos países, existem testemunhas "profissionais" das investigações preliminares, a conferirem legalidade aos atos realizados pelas autoridades, ainda que praticados ao talante desta ou ao arrepio da lei.

No nosso modelo temos os investigadores de polícia que – invariavelmente – servem como testemunhas, mas, não do fato submetido à apreciação jurisdicional, formam a “prova” indireta, confirmando as palavras de outras pessoas que não puderam participar da "formação da culpa" ou, reiterarem as suas próprias em juízos.

Em Portugal, modelo mais característico, impõe-se aos próprios policiais a reconstrução da verdade; porém, a serviço de testemunhos profissionais, conforme o escólio de Joaquim Pires Lisboa: "cai-se no absurdo de, à margem de qualquer preceito legal, passar a exigir-se a presença de certos funcionários de polícia nos interrogatórios dos arguidos ou no simples acto de leitura dos autos de declarações, erigindo-se tais funcionários na posição de 'testemunhas profissionais do corpo de delito'. Assim se criou a figura da 'testemunha de acusação' sempre presente em processo-crime, de natureza política, que não é mais o sujeito que adquire fora do processo uma percepção sensível relativa aos factos e dirigida ao fim da prova, mas um simples funcionário da entidade instrutora que pretende velar pela regularidade dos actos processuais, substituindo o Advogado ou o defensor"⁸⁸.

Esse, o desenvolvimento do procedimento pré-processual no Direito Português. Entre nós seriam as testemunhas de leitura ou, com maior frequência o curador⁸⁹, caso for, mas, considerando-se o vezo, não seria melhor permitir atuação efetiva do bacharel a legar falsidade ao ato público? Sim, porque sabemos inexisterem testemunhas naquele exato momento.

Sintetizando, "o contraditório existe para que sejam reduzidas ao mínimo as possibilidades de erro judiciário".⁹⁰

5e. A incidência do contraditório às investigações policiais como supedâneo da assistência ao preso

Considerando-se os regramentos constitucionais, deve – o contraditório – incidir na etapa inicial da persecução como plácito à assistência do Advogado ao preso, conforme ditames insculpidos no art. 5º inciso LXIII.

Assim, aduz o art. 5º inciso LXIII da Constituição da República: "LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de

⁸⁸ Joaquim Pires Lisboa em: "O direito de defesa na instrução preparatória do processo criminal.". p. 46.

⁸⁹ Ressaltamos que não se torna necessária a nomeação do curador ao – pretense – menor, conforme ditames insculpidos nos arts. 15 e 194 do CPP, posto que a maioria civil a partir de 2003 resta como dezoito anos, igualando-se, conseqüentemente, a maioria penal.

⁹⁰ Nilzardo Carneiro Leão em: "Princípios do processo penal", p. 53, Recife. Imprensa Universitária, 1960.

permanecer calado, sendo-lhe assegurada a **assistência** da família e **de Advogado**".

A esta pontuação inquirimos: esta assistência – ao preso – seria passiva? Competiria – ao advogado – a simples presença física, inerte ao ato. Ou a levar cigarros ao encarcerado?

Para responder a essas questões, necessária diminuta digressão.

Estampando estreme de dúvidas, preso, nos termos do inciso transcrito, significa o recente encarceramento; pois: "será informado de seus direitos".

Implica na recente notícia do fato, após ter conhecimento de sua prisão, ser-lhe-á fornecida assistência de advogado.

Existiam nove naturezas jurídicas de prisões no Direito pátrio.

O depósitário infiel e o alimentante que frustra seu "dever", ambas atinentes ao processo civil.

A prisão administrativa cabente ao funcionário público ou ao militar.

E, outros seis tipos de prisão no Direito Processual Penal. Três com natureza cautelar, outras três processuais (duas com base em norma revogada, portanto, não albergadas pelo ordenamento jurídico na atualidade).

Com natureza cautelar militam as prisões decorrentes de situações flagranciais, prisão temporária e prisão preventiva.

Processuais eram as prisões decorrentes de pronúncia, condicionante recursal (art. 594) e, como sucedâneo de os recursos às Cortes Superiores (especial e extraordinário) não serem recebidos no efeito suspensivo.

Ocupar-nos-emos das prisões cautelares na "jurisdição-penal", ou seja, prisão temporária, preventiva e decorrente de flagrante.

Invariavelmente, esses três tipos encontram-se vinculados, ou ocorrem, no inquérito policial.

A prisão em flagrante é uma das formas de incoar o inquérito policial, iter procedimental onde, outro tanto, ocorre a decretação da prisão temporária⁹¹ ou, subsequentemente, este é instaurado.

A prisão preventiva pode ser requerida na fase judicial, porém, normalmente ocorre no procedimento investigativo que antecede a ação penal.

Com este alvitre, afirmamos que o Legislador Constituinte impingiu a assistência do advogado na fase das investigações preliminares, por ocasião da feitura do inquérito policial.

A Constituição não coarctou o Direito do jurisdicionado – somente – à assistência judiciária. Asseverou com assistência de advogado, impondo concluir, mediante esta assertiva, que deverá ser legada a orientação jurídica (consulta), efetiva e ativa defesa naquele ato (caso de flagrante) e, finalmente, assistência judiciária, formulando requerimentos ao juiz.

Como epítome ao tópico, reafirmamos que a noticiada assistência do advogado ao preso abarca a entrevista, mediante consulta e

⁹¹ Ressalvamos nosso entendimento contrário a constitucionalidade desta medida extrema. É que, a prisão temporária é sucedâneo da famigerada prisão para averiguações, muito utilizada antes da promulgação da Carta de 1988. Assim como sua antecessora, a prisão temporária tem servido como instrumento de coação para obtenção de falsas confissões. Por vezes, os policiais prendem o indivíduo, executam as investigações, reconhecimentos e interrogatórios; após, requerem a prisão temporária para legalizarem os atos anteriores.

consequente orientação técnica ao imputado. Esta (orientação) queda-se caracterizada pelo apontamento de suas garantias, outro tanto, o delineamento das consequências de seu ato – caso for –, ou do proceder da autoridade timoneira do procedimento (...).

Ressaltamos – ainda – que competirá ao técnico pugnar, perante a autoridade oficiante, pelo cumprimento da norma, lastreando-se na regra da legalidade que informa todo o procedimento que possa repercutir na reprimenda criminal.

Não bastasse, o advogado – imprescindível à administração da justiça (arts. 133 e 134 da CR) e mediante assistência ao preso – deverá formular os necessários requerimentos à autoridade oficiante e ao juiz de direito, sucedâneo da exigência pelo cumprimento das – noticiadas – Garantias Fundamentais do indivíduo. E, subseqüentemente, o necessário acompanhamento dos atos do procedimento.

5f. Diligências do Ministério Público. (ainda) Paridade de Armas

Há regramento universal, albergado pela nossa Constituição, denominado "paridade de armas", implicando em conferir os mesmos instrumentos a ambos os partícipes do procedimento.

Este regramento deriva do princípio – maior – de isonomia, conferindo aos partícipes do procedimento (administrativo, civil e penal) as mesmas armas.

O Ministério Público requer, interfere, produz provas no inquérito policial, principalmente, considerando-se o vezo atual, imposto pelas pessoas que defendem a – indevida – realização das investigações preliminares pela Instituição.

Estaria em descompasso com os objetivos e diretrizes deste trabalho, aduzir que "o representante do Ministério Público pode interferir na fase policial, acompanhando as diligências, as investigações, os atos todos do inquérito"⁹², o defensor não, rompendo a isonomia tipificada pela – universalmente concebida – paridade de armas.

Escolindo, reafirmamos que o Ministério Público – invariavelmente – requisita diligências, propondo medidas assecuratórias do direito, prerrogativa – também – do assistente de acusação.

Isso implica afirmar, ao ser interrogado judicialmente, por vezes, o acusado poderá nutrir confissão extrajudicial, obtida mediante o descumprimento das regras constitucionais; tais como: delação de – pretenso – comparsa, praticada no 'interrogatório'⁹³ extrajudicial, sem o crivo do contraditório. Justificativa de muitos: 'fase inquisitiva' não se admite participação da defensoria do imputado; medidas assecuratórias, por vezes, bloqueando todos os seus bens⁹⁴, etc.

⁹² Torquato Avolio e Luiz Francisco, "Provas Ilícitas", p. 32.

⁹³ A acepção resta coarctada a ouvida do imputado, não a interrogatório, porque este acontece mediante a participação do juiz.

⁹⁴ Artigo 14 do CPP. "Art. 14. O Ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que ser realizada, ou não, a juízo da autoridade.". Para melhor orientação acerca da incidência do regramento do contraditório no inquérito policial, sugerimos o nosso trabalho: "Os modelos (políticos) de persecuções penais e o descortino da regra da inquisitividade - A incidência do contraditório no inquérito policial".

Impõe-se concluir, segundo a lei processual, à Polícia Judiciária incumbe a apuração das infrações penais e da sua autoria (art. 4º CPP), agindo com isenção; porque permitir ao promotor público respigar a prova, é tornar parcial a primeira etapa da persecução penal.

Por via de consequência o regramento do contraditório traduz a igualdade dos partícipes no procedimento, nutrindo as mesmas oportunidades.

A concluir albergando o raciocínio, conforme toda a proposta já desenvolvida, o inquérito policial incoa a partir da notícia do crime. Os agentes do Estado são acionados (regramento da oficialidade) à procura de tudo que possibilite a reconstrução do evento e, conseqüente determinação do corpo do delito e indícios suficientes de autoria.

É dizer, acionados os agentes estatais, dispõem-se à procura das provas que possibilitarão a reconstrução do evento danoso, algo que restará acabado quando o juiz prolatar a sentença, declarando a existência do crime e o seu autor.

O Estado oficia por intermédio de seus agentes e o imputado deve participar dessa reconstrução do evento, indicando fatos e pessoas à procura de indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva (a justa causa para a ação penal).

O contraditório é isso, a ciência e a oportunidade de manifestação.

Mediante essa atuação do imputado, o Estado legará igualdade entre os "envolvidos", garantindo a paridade de armas.

Não é outro o entendimento do art. 5º inciso XXXV da Constituição da República, apontado como instrumento à paridade de armas, senão: "XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;". E, a completar o desiderato, louvamo-nos – outro tanto – no *caput* do art. 5º da CR: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei"⁹⁵

A vigente Constituição da República facilitou, normatizando o acesso ao Judiciário com o escopo de rebater qualquer lesão a Direito, e, enquanto o ampliou de maneira difusa, igualou os partícipes do procedimento, militando a almejada "paridade de armas".

Mas, infelizmente a realidade é outra. Nos gabinetes do poder as normas constitucionais estão nas memórias dos computadores, não no pensamento das autoridades.

Assim, quando – efetivamente – o advogado atua, o Estado, por meio dos seus agentes, já se adiantou no mister⁹⁶ desequilibrando a incidência das garantias, mediante a **produção unilateral de provas**.

Em síntese, caso não respeitado o contraditório na fase pré-processual, quedar-se-á inexistente a "paridade de armas". Aquele (contraditório) caracteriza, pelo menos, o postulado da isonomia (este).

Ocorre que muitos excogitam acerca das atitudes de manipulações das provas pelo imputado.

⁹⁵ Aduz o art. 5º "*caput*" da Constituição da República: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).".

⁹⁶ Essa discussão foi fomentada pelo Jurista Leônidas Ribeiro Scholz, em meados da década de noventa, quando Eu nutri a honra de frequentar aulas com o Festejado Estudioso, Excelente Advogado Criminalista que exorna os quadros de Nossa Ordem dos Advogados do Brasil.

Esta inciente argumentação não guarda força para excluir a participação do imputado na colheita de provas.

A premissa – manipulação da prova pelo imputado – emerge absurda; pois, não podemos afirmar que todo suspeito tentará manobrar a reconstrução da verdade dos fatos. Mormente, nem todo imputado queda-se culpado.

Na verdade, a "jurisdição penal" condena menos de cinco por cento (5%) dos investigados, suscitando o questionamento acerca da eficácia dessa forma de proceder, da negação de participação ativa do imputado, representado pelo técnico, o advogado regularmente inscrito na OAB. Permitindo ao partícipe do procedimento roborar à reconstrução dos fatos.

Cogita-se – então – a participação do imputado na busca pela verdade material. No auxílio à reconstrução dos fatos, na mesma proporção que os agentes estatais.

Permite-se que o delegado de polícia (como exemplo), averigüe "a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos (...)", nos termos do art. 6º, inciso IX do Código de Processo Penal.

Por que não consentir que esse averiguado aponte outra pessoa para participar dessa investigação? A eficiência dos agentes não permitirá a manipulação da prova, porque o crime deixa vestígios⁹⁷.

Neste epílogo, à síntese colimada, repristinamos o intróito, apresentando a natureza jurídica do inquérito policial, asserimos que o Estado oficia por intermédio de seus agentes e, cada um no seu devido momento.

Por primeiro age o delegado de polícia que, ao relatar o inquérito policial remete-o ao juiz, que oficia no segundo momento. Este envia as investigações ao promotor público que age em terceiro plano, denunciando ou não o – apontado – agente do fato submetido à apreciação dos agentes do Estado (a enfadonha reiteração é ranço didático).

Vale dizer, cada serventário atua no seu devido momento, caracterizando a atividade do delegado de polícia como presentante (presentante no sentido de tornar presente) do Estado, oficiando como tal (...). Lastreando a participação do imputado nas investigações preliminares, a contrabalançar o ofício do delegado de polícia, legando a propalada "paridade de armas".

Reside – a nossa preocupação – com a regra universal de "paridade de armas", porque – em nosso sentir –, resta fincada na norma; porém, afastada de nosso cotidiano forense.

É que ao lado do interesse do Estado em punir o autor do evento delituoso, existe também o desiderato "de permitir ao acusado todo meio lícito de defesa. Ao Estado não interessa apenas que haja uma condenação, mas, acima de tudo, que essa condenação recaia sobre o verdadeiro autor da infração. Daí se poder falar em um princípio de

⁹⁷ Atribuir – somente – à desídia dos Advogados, essa – pretensa – isonomia, é legar ingente compromisso aos bacharéis. Não temos dúvidas em afirmar que aos Advogados, compete enorme soma desse desequilíbrio. É dizer, enquanto os membros da Magistratura e do Ministério Público, enfrentam rigorosos exames para o ingresso na carreira, os Advogados, após ultrapassarem a barreira imposta pelo "Exame da OAB", acomodam-se à situação, não reciclando com palestras, cursos, leituras, etc.

igualdade de armas. (...). Na prática, principalmente, o princípio do contraditório assegura a plenitude de defesa, o que nem sempre é considerado pelos julgadores."⁹⁸

Enquanto o Estado condicionar a participação ativa do defensor à acusação formalizada, ao recebimento da denúncia, esta garantia universal de paridade de armas restará manietada pela obtenção de provas unilateralmente, repercutindo na possibilidade de constrição patrimonial e pessoal (prisão).

Por outras palavras, a partir da imputação irrogada, ou seja, desde as investigações preliminares, o contraditório deve ser legado a conferir o princípio universal do Direito, caracterizado – outro tanto – pela reação.

O direito de ação, visto por nós como direito a tutela jurisdicional, deve ser entendido – outro tanto – como direito de defesa. Se o Estado, por intermédio de seus servidores, age a coibir a prática de crimes. E, esta ação (agir) incoa a partir das investigações, com a mesma intensidade é conferido o Direito de reação ao jurisdicionado. Não é outro o entendimento do legislador pontuado no art. 5º. incisos XXXIV e XXXV da Constituição da República.

Entrementes, aflora elucidado que "o princípio do contraditório garante à acusação e à defesa, a mesma plenitude de ação, com a parte julgadora em perfeita equidistância. Existe para que sejam reduzidas ao mínimo as possibilidades do erro judiciário. O erro judiciário em matéria penal avulta de importância, pois ocasiona, quase sempre, uma restrição ao que de mais caro, sagrado e inviolável existe na personalidade humana – a liberdade individual".⁹⁹

Com base neste regramento processual penal, desde 1989, temos manejado o recurso em sentido estrito a atacar decisão **imotivada** que recebe a denúncia, como se fossem carimbadores ou autômatos.

Louvamo-nos, a tanto, no *caput* do art. 5º da CR, a tipificação da isonomia e, como sucedâneo a paridade de armas, posto que, se o Estado, por intermédio de seus agentes, pode manejar o recurso em sentido estrito contra o não recebimento da denúncia, com a mesma propriedade deve o acusado interpor o "remédio" para atacar a decisão que instaura a ação penal, sem o delineamento da justa causa. Vale dizer, a materialidade delitiva e os indícios suficientes de autoria, conforme ditames insculpidos na segunda parte do art. 312 do CPP.

5g. Delação nos interrogatórios

Defendemos a participação ativa do advogado no inquérito policial¹⁰⁰ e, com maior propriedade, se militar a delação, ainda que extrajudicial.

A delação caracteriza-se pela inculpação de – possível – comparsa, realizada em interrogatórios, ocasião que este ato (interrogatório) traveste-

⁹⁸ Paulo Heber e João Batista de Morais, "Da Prova Penal", p. 68.

⁹⁹ Nilzardo Carneiro Leão em: "Princípios do processo penal", p. 53, Recife. Imprensa Universitária, 1960.

¹⁰⁰ Será que o escopo – único – deste averiguado, é manipular a prova? Poderá, esse averiguado, estar, na verdade, apresentando o verdadeiro autor do fato. Esse é o dia-a-dia dos investigadores policiais. Nem sempre o investigado é o verdadeiro autor dos fatos.

se de testemunho, porque ao depor ilaqueando culpa alheia, mesmo que parcial, o interrogado traveste-se em testemunha.

Por óbvio, a característica básica da testemunha é a equidistância dos envolvidos, partícipes na ação judiciária penal.

Seria macular o regramento do contraditório e da ampla defesa não permitir reperguntas ao advogado do co-imputado incriminado pelo interrogando – conferindo a acepção genericamente –, na lavratura do flagrante, no termo de declarações ou qualquer peça do inquérito policial.

A natureza jurídica do "interrogatório", enquanto milita a delação, é de depoimento, conforme o insculpido no art. 202, sob o Capítulo VI ao Título VII do CPP, ou seja, o co-imputado, quando em seu "interrogatório" extrajudicial (também em juízo, porém, asseveramos acerca do inquérito policial, por isso o termo: extrajudicial), incrimina outrem, **depõe**.

Argumentar acerca de ato privativo entre juiz, ministério público e acusado, impossibilitando as reperguntas, emerge a negar a natureza jurídica de depoimento ao ato, não restando hábil a produzir resultado. Não pode valer como testemunho, porque realizado apartado do contraditório. Extrajudicialmente, outro tanto, deverá ser produzido, permitindo a participação ativa do co-imputado delatado, porque único meio de legar valor probatório.

Ao encerramento desta síntese, deveríamos – como sói acontecer – delinearíamos parágrafos com subtítulo conclusão. Porém, Amigos Leitores, todo este texto deve ser concebido como o necessário ajuste definitivo, posto que reapreciamos as idéias escandidas desde o início da década de noventa, dispostas em DOIS LIVROS ACERCA DA IMPRESCINDÍVEL **INCIDÊNCIA DO CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL**, sintetizando com a imperiosa participação ativa dos imputados em todos os procedimentos que puderem impor penas, mediante o conhecimento (ciência) e oportunidade de manifestação, conforme o vaticínio de Nosso Mestre Maior, o Professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida, Escola de Rogério Lauria Tucci, e, de tantos outros, como Este modesto Subscritor.

Caio Sérgio Paz de Barros é Doutor em Direito Processual pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP, por onde colou Grau. Autor de oito obras em Direito Processual e do livro documentário acerca do “Caso Rugai”. **O tema acerca do contraditório no inquérito policial fora fustigado desde o início da década de noventa** pelo renomado Autor que, infelizmente, suportou tentativa de usurpação, em 1999, quando submeteu este tema: “O contraditório no inquérito policial”, à banca de qualificação ao doutoramento por aquela Instituição (Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP) mediante a participação de falecido professor e Antonio Magalhães Gomes Filho, hoje – graças à **política feudal** – diretor. Acontece que ambos excogitaram a reprovação do Autor Caio Sérgio Paz de Barros naquela qualificação, fato que “liberaria” este disputado tema: “O contraditório no inquérito policial” a outra pessoa, naqueles idos orientanda do falecido professor. Mas, o Autor Caio Sérgio Paz de Barros, antevendo a usurpação de tema que desenvolvia havia quase uma década, laborou em publicar o trabalho que seria a sua tese (quedava-se pronta, diferentemente da exigência ao exame de qualificação que, naquela oportunidade – 1999 – bastava simples sinótico à discussão

com a banca). Após um mês daquela “reprovação” o autor publicou-a como o seu segundo livro: “O contraditório no inquérito policial”, referindo-se ao fato de o falecido professor ter dito que “grampearia as páginas” daquela tese. Por óbvio, **a sua vontade seria de colocar o seu nome, ainda que por interposta pessoa, vale dizer, àquela orientanda.** Caio Sérgio Paz de Barros foi o primeiro a fustigar este tema, não o entregaria aos ladinos. Aliás, isso acontece com muita frequência nos cursos de posgraduação, o “furto” de teses. Hoje, o trabalho do Professor Caio Sérgio Paz de Barros **foi retirado** da biblioteca da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP pelo diretor João Grandino Rodas, com o plácito de seu vice-diretor, agora diretor, graças à política de capitâneas hereditárias, Antonio Magalhães Gomes Filho, mas, a obra permanece em diversas Bibliotecas deste Maravilhoso País, publicado pela Editora Edmor em 1999, mediante o título: “O contraditório no inquérito policial”, que representava menos à publicação levada a efeito pela Multinacional Thomson-IOB, agora em 2005. **Em 2003, mediante a assunção de Jurista sério à Presidência da Comissão de Posgraduação da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP, o Pranteado Professor Antonio Luís Chaves de Camargo, este relatou os fatos à Pró-Reitoria de Posgraduação da USP e, mediante unanimidade, com expressiva votação de quarenta e oito votos favoráveis contra nenhum aos ladinos, Caio Sérgio Paz de Barros defendeu a tese de Doutorado (quatro escritas em menos de quatro anos) mediante descortino à Teoria Geral do Processo (o único no Brasil com Doutorado em Teoria Geral do Processo), mediante a epígrafe: “A regra da inquisitividade como elemento comum, e necessário, ao processo penal e à jurisdição voluntária, razão da indisponibilidade do direito em causa”.**

Reiterando, as idéias que compõem este texto foram alinhavadas à DESqualificação do doutoramento pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP, e, após um mês desta, a publicação do livro: “Os modelos (políticos) de persecuções penais e a regra da inquisitividade. A incidência do contraditório no inquérito policial”. Editora Edmor. 1999. **A publicação do livro impediu o furto da tese, porque o tema perdeu o seu ineditismo, imprescindível aos trabalhos universitários.**

E, foram concretizadas (as idéias) após muitas conferências e palestras, tanto pela Ordem dos Advogados do Brasil, como nas diversas universidades deste Maravilhoso País, mediante **a obra: “O contraditório no inquérito policial e nas CPI’s”. Editora Thomson-IOB-Síntese. 2005.** Portanto, existem diversos registros acerca do primeiro cultor do tema: “O contraditório no inquérito policial”, tanto nos mencionados livros, como as diversas (quase quatrocentas, desde 1991) palestras realizadas.