

A FUNÇÃO JUDICIAL DO DELEGADO DE POLÍCIA NA DECISÃO CAUTELAR DO FLAGRANTE DELITO

RUCHESTER MARREIROS BARBOSA¹

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende demonstrar que a denominada “prisão em flagrante” deve ser relida à luz das decisões proferidas pelos órgãos que compõem o sistema internacional de Direitos Humanos, seja o universal ou o regional americano, na qual o Brasil está inserido.

É necessário analisar a Convenção Americana de Direitos Humanos e demais documentos internacionais de mesma natureza a respeito do tratamento normativo sobre a retenção, detenção e prisão de uma pessoa, haja vista que há orientação no sentido de se atribuir compreensões distintas a cada uma das expressões relacionadas à pessoa retida, à pessoa detida e à pessoa presa, pois o Brasil não realiza nenhuma distinção, ao contrário do que retratam os princípios sobre pessoas, retidas, detidas e presas elaboradas pela ONU, na qual o Brasil é signatário, consequentemente é norma no Direito Brasileiro.

Associado aos textos internacionais há ainda a análise sobre questões relacionadas à esses temas e a essas expressões, que repercutem diretamente no sentido que deve ser preconizado no Brasil, já que a interpretação que se deve realizar é de obediência ao sentido definido pelo sistema interamericano de Direitos Humanos no Direito interno e não uma interpretação nacionalizante

1 Delegado de Polícia Civil (RJ). Doutorando em Direito (Universidad Nacional de Lomas de Zamora) Professor da Escola da Magistratura (RJ) e da Universidade Estácio de Sá (Pós-Graduação)

do sistema à luz do Direito interno, sob pena de se criar uma hermenêutica doméstica sobre os tratados e convenções internacionais, o que não é possível, diante da própria sistemática da universalização dos Direitos Humanos.

Diante deste confronto entre as normas internas e as de direito internacional, destacamos o estudo da função materialmente judicial que o Delegado de Polícia possui em razão das tomadas de decisões que o sistema constitucional lhe impõe, como de decisões sobre a intimidade, defesa e a própria detenção em flagrante, com verdadeira ordem de detenção provisória, perfeitamente compatível com o ordenamento internacional de direitos humanos, porém, com uma releitura do Código de Processo Penal e da Constituição da República à luz dos tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos, bem como a rede de decisões, relatórios e opiniões consultivas que delimitam a interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Com a pesquisa realizada com análise de casos já decididos sobre investigação criminal e sobre prisão levadas à Corte Interamericana de Direitos Humanos, pudemos chegar à algumas conclusões de releitura do texto constitucional e infraconstitucional para uma melhor adequação do significado semântico de determinados textos, realizando verdadeira mutação infra e constitucional, perante a análise dos tratados e convenções de direitos humanos, o que se denomina, em linhas gerais em um controle de convencionalidade posto ao Direito.

2. POLÍCIA JUDICIÁRIA COMO ÓRGÃO DE CONTENÇÃO DE PODER

Estamos em pleno século XXI, mas será que a mentalidade e as práticas daqueles que atuam no sistema de justiça criminal são deste século? Vêm acompanhando as mudanças na

filosofia do direito, teoria do direito e do constitucionalismo e consequentemente as conjugam com práticas realmente repúblicas? Democráticas? Como leciona Cançado Trindade ao criticar a resistência do poder judiciário em avançar na jurisprudência comparada: "*O problema não é de direito, mas sim de vontade, e para resolvê-lo, requer-se sobretudo uma nova mentalidade*"².

É necessário uma reflexão, diante do espetáculo circense e populista que se transformou nosso sistema de justiça criminal. Os dramas viraram mercadorias para consumo e as garantias constitucionais no processo, que deveriam ser efetivadas por aqueles órgãos, se transmudaram em obstáculos para a aquisição deste novo produto, diante do mercado de justiça midiática eminentemente de lógica utilitarista.

Fruto da teoria da Análise Econômica do Direito, "que busca aplicar teorias da Ciência Econômica na interpretação e aplicação do Direito", também conhecida como movimento *Law and Economics*, transformando garantias fundamentais em mercadorias de um grande "'shopping humano', onde tudo é comprável, vendável e permutável."³

Discorrendo sobre o "princípio da máxima felicidade/o utilitarismo" Sandel assevera que "*a análise de custo e benefício para tentar trazer a racionalidade e o rigor para as escolhas complexas da sociedade, transformando todos os custos e benefícios em termos monetários — e, então, comparando-os*"⁴, agrega valores distintos em uma escala única. Tanto Stuart Mill como Jeremy Bentham, os maiores

2 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. in: Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional,, Brasília, nº 113/118, p.91, jan/dez. 1998.

3 ROSA (2012), Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Alexandre de Moraes Rosa [at al.], (org.) Luigi Ferrajoli, Lenio Luis Streck e André Karam Trindade, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 137 a 141

4 SANDEL, Michael J. Justiça - O que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 56

defensores do utilitarismo, apesar de defenderem suas teses sem considerar os valores morais, para sustentarem o utilitarismo, no entanto, "o consegue apenas invocando um ideal moral da dignidade e da personalidade humana independente da própria utilidade."⁵

Kelsen⁶ tenta corrigir estas diferenças valorativas, asseverando que "do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito Positivo, uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral." Mas Geraldo Prado⁷ alerta ao contraponto de que "O positivismo cassa a historicidade das ciências sociais. (...) o positivismo se demite do contato com a dura realidade e joga o tema do Poder para escanteio."

Robert Alexy⁸, criticando o positivismo constrói um "constitucionalismo principialista", na qual as regras e princípios são igualmente normas jurídicas, sendo que aquelas, "comandos definidos", que têm baixa abstração e alta densidade normativa, enquanto os princípios, "comandos de otimização", que possuem alta abstração e baixa densidade normativa, atendendo, respectivamente, a fórmulas de subsunção e de ponderação de valores. Porém, Habermas⁹ entende que "faltam critérios racionais para isso", ao mesmo tempo que também afirma que "sob as condições da política socioestatal, o legislador democrático mais cuidadoso, não consegue, só e igualmente, ligar justiça e administração, mediante a forma semântica da lei;¹⁰"

5 O. cit. p. 71

6 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado, 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988, p. 77

7 PRADO, Geraldo, MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. Decisão Judicial. A Cultura Jurídica Brasileira na Transição para a Democracia. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 39/40

8 ALEXY, Robert. Teoria Discursiva do Direito, Org. trad. e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivissonno, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014 ,p. 146.

9 apud ALEXY, Robert. Ob. Cit. p, 331

10 HABERMAS, Jürgen. Direito e Moral. Trad. Sandra Lippert, Lisboa: Piaget, 1992, p. 50

Enfim, como imergir, então, nas profundezas da complexidade das relações sociais atuais do século XXI, sem perdermos os valores humanísticos conquistados, principalmente no pós II guerra mundial, principalmente na transição de regimes autoritários para os democráticos?

Segundo Maier¹¹:

Todo doutrinador de um ramo jurídico, ou um problema específico deste ramo, inicia seu estudo com uma análise do desenvolvimento histórico da respectiva disciplina ou instituto que se preocupa, procurando situá-lo neste processo cultural.

Em outras palavras, entender o papel da Polícia Judiciária no século XXI depende de se compreender a evolução cultural e política desta instituição e suas funções de conectividade democrática.

Este mencionado conteúdo político está presente em determinado momento histórico, quando o interesse das pessoas, ou seja, a questão humana passa a não ter mais relevância. A verdade de cada um¹² é substituída pela verdade do Rei, a *vere dicta* (verdade real), conforme Cordero¹³, "*A política dos reis exigia um automatismo incompatível com o sistema das acusações privadas (...)*". Nasce no século XIII após o IV Concílio de Latrão a revolução inquisitorial, "*um sistema legalmente amorfo (...): o que conta é o resultado.*"

Este estudo não passou despercebido por Foucault¹⁴, ao estudar a justiça criminal e seu sistema de formas e estabe-

11 MAIER, Julio B. J. Derecho procesal penal, Tomo I, fundamentos. 2ª ed. 2ª reimp. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2012, p. 259

12 KANT, Immanuel. Para a paz perpétua. Trad. Bárbara Kristensen e Estudo introdutório de Joám Evans Pim, Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006, p. 58.

13 CORDERO, Franco. Procedimiento penal. Tomo I. Santa Fe de Bogotá - Colombia: Temis, 2000, p. 18 e 19.

14 FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas, 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003, p. 75

lecimento das verdades, como um "fenômeno político complexo." E segue aduzindo, "todo o grande movimento cultural que, depois do século XII, começa a preparar o Renascimento, pode ser definido em grande parte como o desenvolvimento, o florescimento do inquérito como forma geral de saber."

Hodiernamente, a Polícia Judiciária deve ser vista como filtro a acusações infundadas devendo exercer a função de um *dispositivo*¹⁵ republicano, um poder para contenção de outro poder no sistema processual, pois este, na visão de Rui Cunha Martins:¹⁶

é o microcosmo do Estado de Direito, (...) não é apenas o instrumento de composição do litígio, mas, sobretudo, um instrumento político de participação, com maior ou menor intensidade, conforme evolua o nível de democratização da sociedade, afigurando-se para tanto imprescindível a coordenação entre direito, processo e democracia, o que ocorre pelo desejável caminho da Constituição.

Torna-se, portanto, imperioso contextualizar a Polícia Judiciária em suas funções no âmbito político-constitucional, passando a sua historicidade do regime militar ao democrático, seu cotejo político na tripartição dos poderes e das mutações quem vem sofrendo o Direito, sobre tudo nas novas fontes da norma jurídica.

Partindo-se do conceito de um dos autores de referência sobre a justiça transicional, Jon Elster¹⁷: "(...)a justiça transicional compreende os processos de ensaios, expurgos e reparos realizadas em um período de transição de regime político para outro."

15 AGAMBEM, Giorgio. O amigo & O que é um dispositivo?. Trad. Vinícius Nicastro Honesko, Chapecó: Argos, 2014, p. 29

16 MARTINS, Rui Cunha. A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3

17 ELSTER, Jon. Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica. Buenos Aires: Katz, 2006, p. 16.

Ainda neste jaez as Nações Unidas através do documento S/2004/616¹⁸ intitulado de "O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito" conceitua a justiça de transição como sendo:

o conjunto de processos e mecanismos judiciais e extrajudiciais, com diferentes níveis de envolvimento internacional (ou nenhum), bem como abarcar o juízo de processos individuais, reparações, busca da verdade, reforma institucional, investigação de antecedentes, a destituição de um cargo ou a combinação de todos esses procedimentos.

Pela delimitação ao tema, focaremos, no âmbito da justiça de transição, no viés específico da reforma institucional e as necessárias garantias ao exercício das funções do Estado-investigação e sua transformação¹⁹ (mutação) em órgão de justiça criminal, já tendo sido reconhecido com esta roupagem pela Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁰

Para compreendermos nosso sistema e como deveria ser a consolidação das reformas institucionais na transição, tomemos como exemplo uma sala de aula. Ela consiste em um conjunto de elementos animados e inanimados como: professor, alunos, cadeiras, quadro, caneta, data show, apagador, porta etc., no entanto, estes mesmos elementos dispostos de maneira desestruturada e em um ambiente desapropriado transforma-se em um depósito e as pessoas não poderão explorar suas funções, não obstante também estarem ali reunidos.

18 Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – Nº 1 Disponível na internet: <<http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/2009RevistaAnistia01.pdf>>, acesso em 16/07/2015

19 AOLAIN, F.N., Campbell, C., "The Paradox of Transition in Conflicted Democracies", Human Rights Quarterly vol. 27, no.1 (Fevereiro 2005), pp. 172-213. Referem-se à necessidade de uma certa mudança institucional: 'No contexto pós-transição, as violações dos direitos humanos que antes eram negadas podem ser reconhecidas. Pode-se descrever esse processo como uma antinomia entre o reconhecimento e a negação. O reconhecimento dessas falências prepara o caminho para uma mudança institucional significativa ou "transformativa".'

20 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218

Assim deve estar o sistema processual penal: a Polícia Judiciária, Ministério Público, Magistratura e Defesa funcionariam cada um em suas funções como um professor, cada um em sua sala de aula, exercendo a licenciatura de sua disciplina respectiva (funções típicas), de maneira autônoma, podendo até ser interdicionar (funções atípicas), mas nunca, substituir o conteúdo do professor titular da cadeira. Da mesma forma, o investigado, a vítima, os destinatários de suas atividades (funções típicas e atípicas), como os alunos o são e os recursos materiais estruturalmente dispostos e em funcionamento de acordo com valores éticos principiológicos definidos nas fontes da norma.

E qual a cartilha deste ordenamento? A fonte normativa, que por sua vez, como dito acima, dependerá do sistema cultural, político e histórico de um Estado. Já tivemos ordenamentos de cuja fonte estava nas mãos de um único professor. Ele cumulara todas as disciplinas da sala de aula. Um déspota. Posteriormente com o surgimento do Estado, no século XV, com os ideais de separação de poderes, primeiramente Aristóteles (Política), depois Locke (Dois Tratados sobre o Governo) e posteriormente de Montesquieu (O Espírito das Leis), se iniciou os primeiros passos rumo a um Estado Democrático.

O processo de redemocratização e respectivos fortalecimentos institucionais devem ocorrer como forma de separar as funções de governo e de justiça criminal. Desta forma, no Brasil, se atribuiu garantias e prerrogativas à Magistratura, ao Ministério Público, a OAB e a Defensoria Pública, deixando enfraquecida a Polícia Judiciária, que não obstante ter acento constitucional explícito de suas atribuições, o texto constitucional se omitiu quanto a inamovibilidade e autonomia institucional, pois a relação entre as salas de aula e seus professores, e entre estes e seus alunos são relações sociais de poder, e para tanto, podem sofrer ingerência de outros poderes (funções), razão pela qual devam ser autônomos, inclusive a Polícia Judiciária.

Insta salientar que a referida autonomia institucional é uma garantia fundamental para o investigado, conforme artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, pois o processo penal, conseqüentemente também o inquérito policial, é um *dispositivo* que se rege pelo elemento da verdade, constitucionalidade e democraticidade.

Assevera Rui Cunha Martins²¹

que "o sistema processual de inspiração democrático-constitucional só pode conceber um e um só «princípio unificador»: a democraticidade; tal como só pode conceder um e um só modelo sistêmico: o modelo democrático. Dizer «democrático» é dizer contrário de «inquisitivo», é dizer contrário de «misto» e é dizer mais do que «acusatório».

Em outras palavras, parafraseando Geraldo Prado²²:

o fato de vivermos em uma democracia política exige é claro o respeito a lei, mas também requisita a denúncia da presença e atualidade de elementos autoritários, mesmo em regimes democráticos, a contaminar de modo negativo a legitimidade invocada pelo Direito Penal e, conseqüentemente, o próprio Sistema Penal.

Em suma, o fato de haver um Ministério Público ou uma Magistratura independente não basta para um sistema processual democrático. É preciso mais!

Com a evolução do pós-positivismo, ou seja, do (Neo) Constitucionalismo e do Estado pós-moderno, e para sofisticar o ideal democrático foi necessário transmudar a ideia original de tripartição de poderes, da mesma forma que ocorreu de Aristóteles para Locke e deste para Montesquieu, pois se tornaram

21 MARTIN (2012), Decisão Judicial. ob. cit. p. 80

22 PRADO, Geraldo. A transição democrática no Brasil e o Sistema de Justiça Criminal. Disponível na internet: <<http://www.geraldoprado.com/Artigos/Geraldo%20Prado%20-%20Palestra%20Coimbra%20-%20A%20transi%C3%A7%C3%A3o%20democr%C3%A1tica%20no%20Brasil.pdf>>, acesso em 17/07/2015.

insuficientes para dar conta das necessidades de controle democrático do exercício do poder.

Desta forma, o Constituinte de 1988 superou a ideia de três poderes para se chegar a uma organização de órgãos autônomos reunidos em mais funções, partindo-se da ideia de que o Estado é uno, conseqüentemente seu poder também o é. Para a máxima efetividade democrática é a distribuição de funções, e estas exercidas com independência, por meio de seus órgãos, sem se falar necessariamente em poder do órgão, pois esse poder é do próprio Estado como um todo.

Neste diapasão, é uníssono na doutrina que o judiciário exerce função tipicamente jurisdicional, mas possui função atípica administrativa e legislativa, bem como a existência de autonomia dos Tribunais de Contas e do Ministério Público, exercendo funções típicas de *custus legis* somente comprova este avanço republicano. Por mais esforço raciocínio que os teóricos tenham feito na tentativa de adequar esses órgãos em um dos três poderes restou absolutamente artificial e mais, inadequado.

O mesmo ocorre com a Polícia Judiciária em sua função de investigar e de garantir direitos e garantias fundamentais por *decisões próprias* em seus contornos de responsabilidade criminal, pelos elementos verdade, democraticidade e constitucionalidade, principalmente em sua função de concessão de cautelar da liberdade, reconhecido pela Corte IDH como função materialmente judicial, ainda que emanado de autoridade administrativa, ao interpretar o art. 7.5 da CADH, "ou outra autoridade que exerce função judicial", *in verbis*: "*as ditas características não correspondem somente aos órgãos estritamente jurisdicionais, mas que as disposições do artigo 8.1 da Convenção se aplicam também as decisões de órgãos administrativos*"²³, pois função fora da reserva absoluta da jurisdição.

23 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr.

Apesar deste avanço democrático e humanístico, o que vemos é a tentativa dos demais poderes tolherem a Polícia Judiciária, quando esta desenvolve interpretação normativa no âmbito do exercício de suas funções, realizando o papel de um dispositivo processual democrático, como por exemplo a incidência do princípio da insignificância, dispensa de fiança para detido pobre etc., e ao revés do judiciário e Ministério Público respeitarem o exercício da função de Estado, enveredam, nas palavras de Tzvetan Todorov um *messianismo político*²⁴.

Alguns iniciam perseguições idiocráticas, revelando estes (quero acreditar que a minoria), verdadeiros adversários do sistema republicano de separação de funções, enveredando por um controle ideológico das decisões dos Delegados de Polícia no exercício legítimo de Estado-investigação, agindo desta forma, segundo Todorov como uma emancipação da relação de um poder sobre outro, e diante de seus foros por prerrogativa, *"escapam assim a qualquer tentativa de limitação e erigindo-se em único e absoluto, eles transformam-se em ameaças: populismo, ultraliberalismo, messianismo, enfim, esses inimigos íntimos da democracia."*

Não há dúvidas de que o Delegado de Polícia exerce verdadeiro poder decisório sobre os contornos da responsabilidade criminal, e para isso, após o processo de redemocratização, se tornou mais do que ultrapassada a ideia estanque de divisão de poderes, não se confundindo com funções do Estado. Éa esta, explicitamente disposta no artigo 2º da lei 12.830/13, que no microcosmo político democrático implica dizer em total possibilidade de exercer verdadeiro controle difuso de constitucionalidade e no plano internacional, para efetivação dos tratados de direitos humanos, controle de convencionalidade.

Como protagonista da investigação criminal exercendo função essencial à justiça²⁵, e portanto, um órgão de justiça criminal, o artigo 2º, caput e seus parágrafos 4º e 5º da lei 12.830/13, inauguram referências principiológicas garantidoras de direitos fundamentais do investigado, como a ideia do Delegado Natural, de conotação materialmente constitucional, consolidando a garantia de autonomia de decisão no feixe de atribuições necessárias ao exercício da função do Estado-investigação, função esta que serve, inclusive de contenção de outros poderes, como já ficou decidido em jurisprudência que o juiz não poderia determinar o indiciamento ao Delegado por invasão de funções, conforme a 2ª Turma do STF²⁶.

3. NATUREZA CAUTELAR DE PROVIMENTOS DO DELEGADO

O ordenamento Constitucional ao adotar o sistema acusatório como sistema processual penal norteador da *persecutio criminis* no Estado Democrático de Direito atribui ao Estado-investigação, apresentado pelo Delegado de Polícia, um feixe de poderes-deveres meios, muitas vezes de natureza decisória e também cautelar para consecução dos fins da investigação criminal, qual seja a apuração a verdade eticamente construída da infração penal e dos indícios de sua autoria.

A Constituição da República e por intermédio das normas infraconstitucionais adotou um sistema de reserva absoluta e relativa da jurisdição, ou seja, na investigação criminal haverá medidas de natureza investigatória que deverão ser decididas exclusivamente pelo Estado-juiz, hipótese de reserva absoluta, e outras medidas decididas pelo Estado-investigador, hipótese de reserva relativa, que passa por um controle posterior ao Estado-juiz.

25 NICOLITT, Manual de Processo Penal, 5ªed., São Paulo: RT, p. 172

26 HC 115.015/SP

Insta salientar, que este controle posterior em algumas vezes será de ofício e em outras ocasiões somente quando provocado, que na nossa visão, deve ser comunicado ao judiciário imediatamente após a decisão por restrição ou privação de direitos de ir e vir, face ao necessário atendimento ao sistema de dupla cautelaridade.²⁷ É imperioso destacar que não estamos sozinhos neste posicionamento, concordando com isto o professor Luiz Flávio Gomes²⁸.

Por oportuno, registramos que a natureza cautelar de atos administrativos não é novidade na doutrina de João Gualberto Garcez²⁹:

O inquérito policial é uma medida complexa, pois é formada por diversas outras medidas, todas direcionadas à sua meta optata: servir de base e apoio a atividades que se desenvolvem em juízo. Não parece, outrossim, que haveria inconveniência em designar o inquérito policial como um procedimento administrativo cautelar.

Não é por outra razão que defendemos há muito tempo que o Delegado de Polícia não é uma figura autômata no âmbito da investigação criminal, pois a todo instante exerce função imamente de decidir, e uma das mais importantes, que dá sentido à sua função democrática, além da exclusiva função de investigar, é assegurar que ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando for cabível liberdade provisória, ou até mesmo decidir pela não lavratura do auto de prisão em flagrante por estar cal-

27 BARBOSA, Marreiros Ruchester; et al, Cood. Geral, DELGADO, Ana Paula Teixeira; MELLO, Cleyson de Moraes; PACHECO, Nívea Maria Dutra. As Novas Fronteiras do Direito Estudos Interdisciplinares em Homenagem ao Professor Francisco de Assis Maciel Tavares. In Audiência de Custódia (Garantia) e o Sistema da Dupla Cautelaridade Como Direito Humano Fundamental. Juiz de Fora: Editar, 2015, p. 176 e 177.

28 GOMES, Luiz Flávio. Disponível em <<http://luizflaviogomes.com/nucci-como-juiz-rasgou-a-convencao-americana/>>, acesso em 06/12/2015.

29 RAMOS, João Gualberto Garcez. A tutela de urgência no processo penal brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 260

çada em prova ilícita, exercendo o papel de verdadeira *autoridade de garantias*³⁰, função tipicamente judicial, que não se confunde com a estritamente jurisdicional, segundo interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos³¹, conforme dialogaremos mais adiante.

Há um mito de que todas as garantias fundamentais, para serem afastadas, dependam única e exclusivamente de uma decisão primeira do judiciário, ou seja, uma autorização prévia do juiz para que o Estado-investigação possa empregar seus métodos de investigação para alcançar sua finalidade precípua que é a apuração dos fatos evidenciados concretamente ou também verdade eticamente construída, afastando-se do conceito inquisitorial de verdade real.

Há um equívoco nesta lenda urbana. Nem mesmo nas lições de Canotilho encontramos tamanha leviandade epistemológica.

Não se trata, contudo de que o fundamento na atuação da polícia judiciária seja toda ela pautada em atos de emergência. Qualquer medida ou mecanismo que vislumbre a reconstrução histórica dos fatos com o fim de se delinear a responsabilidade criminal em sede de investigação criminal é um caminhar para atos invasivos na esfera da intimidade do investigado. Sobre isso não há dúvidas.

30 BARBOSA, Ruchester Marreiros, Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre: Síntese, v.13, nº 74, jun./jul. 2012, p. 26 a 28. Sugerimos no referido artigo científico a alteração do nome Delegado de Polícia para Autoridade de Garantias, por não mais subsistirem as razões do termo empregado hoje, apesar de ser ainda empregada não só pelo projeto do novo código de processo penal, como também pelo art. art. 144, § 4º, da CRFB/88.

31 Corte IDH. Caso Vélez Lóor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C N.218, par. 108, disponível: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf>, acesso em 08 de agosto de 2014.

A questão é: que desenho constitucional adotamos?

Todos os atos de polícia judiciária devem possuir controle prévio do judiciário? Todos são invasivos? Em qual grau se dá esta afetação de direitos e garantias fundamentais? É evidente que não é nossa pretensão esgotarmos o tema posto não ser o objeto da pesquisa, mas devemos saber com que premissa lidamos para que enveredemos um posicionamento acadêmico despidido de ranços maniqueístas e não demonizarmos qualquer ato de Estado. Estes, também possuem legitimidade e não há inconstitucionalidade em se realizar controle posterior de determinados provimentos do Delegado e a Constituição é o norte a ser seguido e sem que se estabeleça com isso um Estado policialesco.

A resposta gira em torno do que se entende por reserva da jurisdição. Nas lições de Canotilho, esta se divide em relativa e absoluta. A distinção em síntese, consiste, em se compreender que na absoluta a ingerência na esfera subjetiva das pessoas é realizada primeiramente pelo juiz, na qual é garantida a revisão desta decisão no próprio âmbito do judiciário. Trata-se, portanto, o que ele denomina de esfera da primeira e última palavra pelo judiciário. Em outras palavras, o judiciário é o primeiro chamado a decidir e o último também, porquanto responsável pela revisão desta primeira decisão.

Na reserva relativa a ingerência é realizada por outra autoridade pública, podendo ser revisada pelo judiciário. Neste caso a revisão será dará por ato de ofício, por força de lei, ou por provocação do interessado. Vale a pena trazer à colação a explicação do festejado autor Tércio Sampaio, *ipsis literis*:

Esta garantia de justiça tanto pode ser reclamada em casos de lesão ou violação de direitos e interesses particulares por medidas e decisões de outros poderes e autoridades públicas (monopólio da última palavra contra actos do Estado) como em casos de litígios particulares e, por isso,

carecidos de uma decisão definitiva e imparcial juridicamente vinculativa (monopólio da última palavra em litígios jurídicos-privados)³² (Destaque nosso).

Ainda neste mesmo sentido, Luiz Flávio Gomes³³:

Desde logo é preciso distinguir: uma coisa é a “comunicação telefônica” em si, outra bem diferente são os registros pertinentes às comunicações telefônicas, registros esses que são documentados e armazenados pela companhia telefônica, tais como: data da chamada telefônica, horário, número do telefone chamado, duração do uso, valor da chamada, etc. Pode-se dizer que esses registros configuram os ‘dados’ escritos correspondentes às comunicações telefônicas. Não são ‘dados’ no sentido utilizado pela ciência da informática (‘informação em forma codificada’), senão referências, registros de uma comunicação telefônica, que atestam sua existência, duração, destino, etc. (...)

A conclusão do estudo em Canotilho nos permite inferir de que a Constituição definirá quais direitos estarão sob a exigência de uma reserva absoluta e quais sob a reserva relativa.

Esta distinção é de suma importância para se delinear o liame dos atos do Estado-investigação como ator da primeira palavra, tendo o judiciário o detentor, sempre, da última palavra.

O desafio é traçar os limites ou em que situações qual órgão será detentor da primeira palavra, o Estado-investigação ou o Estado-juiz, já que este exercerá sempre a última palavra, seja de quem for a primeira (delegado ou juiz).

Um dos temas mais polêmicos sobre este limite está na decisão sobre o afastamento da reserva da intimidade de forma

32 CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed., 11. reimp., Almedina, Almedina, p.584.

33 GOMES, Luiz Flávio. A CPI e a quebra do sigilo telefônico. Consulex: revista jurídica, v. 1, n. 5. Brasília/DF, maio 1997, p. 40.

geral em razão do art. 5º, X da CR, como por exemplo o afastamento de sigilo sobre a identificação de usuários de telefonia, e seus dados correspondentes.

A este respeito defendemos que o Estado-investigação possui a primeira palavra por se tratar de uma reserva relativa da jurisdição, sendo a absoluta, jungida às hipóteses do conteúdo das relações, mas não seus vestígios, como os dados referentes com quem os interlocutores se comunicaram. É esse o sentido do sigilo das comunicações telefônicas, telegráficas e telemática previsto no art. 5º, XII, CR.

A doutrina já aponta esta interpretação conforme se destaca abaixo:

Pelo sentido inexoravelmente comunicacional da convivência, a vida privada compõe, porém, um conjunto de situações que, usualmente, são informadas sem constrangimento. São dados que, embora privativos — como o nome, endereço, profissão, idade, estado civil, filiação, número de registro público oficial, etc., condicionam o próprio intercâmbio humano em sociedade, pois constituem elementos de identificação que tornam a comunicação possível, corrente e segura. Por isso, a proteção desses dados em si, pelo sigilo, não faz sentido.³⁴

Por uma questão de premissa e não de conclusão, ousamos discordar da conclusão do ilustre jurista. Na verdade, esses dados podem estar protegidos pelo sigilo, posto que a ninguém é resguardado o direito de ter acesso a essas informações acaso o usuário não conceda autorização para divulgação de suas informações, seus dados.

34 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de Dados: o Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado. In Sigilo Fiscal e Bancário. PIZOLIO, Reinaldo e GAVALDÃO JR, Jayr Viégas (coord.). São Paulo. Quartier Latin. 2005. p. 28/29.

No entanto, tais sigilos, em verdade não estão sujeitos à reserva absoluta da jurisdição, mas sim sob a reserva relativa, o que significa dizer, que o Estado-investigação tem o poder-dever de requisitar tais informações no profícuo propósito de identificar os sujeitos (autor, partícipe e vítimas) relacionados ao fato crime, como se depreende da inclusão recente do ar. 13-B, §4º do CPP, pela Lei 13.344/16.

Ao Estado-investigação é permitido enveredar por medidas invasivas, e que eventualmente, esteja relacionado ao sopesamento de direitos e que deva decidir qual deles tenha que prevalecer, quando a estes direitos não tenham sido albergados prioritariamente a primeira palavra ao judiciário, como por exemplo a interceptação telefônica, na qual a Constituição definiu como hipótese de reserva absoluta.

Até mesmo a busca e apreensão domiciliar é muito bem delineada sobre o que está sobre a reserva absoluta e relativa de jurisdição, haja vista que o próprio constituinte originário autoriza que a decisão sobre a busca tenha como primeira palavra o Estado-investigação, nas hipóteses delineadas pela concepção do flagrante delicto, e, aquelas fora deste contexto, a primeira palavra pertence ao judiciário.

Primeira ou última palavra implica dizer quem definirá a Constitucionalidade ou não desta decisão de determinar a busca e apreensão domiciliar. Nos concentraremos, por limitação de espaço às hipóteses do Delegado de Polícia como sendo a autoridade que possua esta atribuição.

Querem um exemplo de como funciona a primeira palavra definida pelo Delegado de Polícia, numa hipótese de reserva relativa?

Imagine que seja levado ao conhecimento do Delegado um fato narrado por agentes da autoridade de polícia judiciária, como

por exemplo, agentes da polícia militar (soldado ao coronel), qualquer do povo, ou por agentes da própria polícia judiciária de hipótese, em tese, apreciada por eles como flagrante delito, conduzindo coercitivamente um suspeito de furtar um relógio. Orientados pela própria vítima chegaram à casa do suspeito, que não possuía muros, e lá chegando, viram pela janela que o relógio objeto do crime estava no interior da residência em cima da cômoda.

Os agentes, de cujo cargo não é exigido formação de bacharel em direito, embora alguns deles possam tê-lo cursado, supondo estar o suspeito em situação de flagrante delito, ingressam na residência, apreendem o bem e conduzem o homem até a presença do Delegado, narram este fato, bem como narra a vítima, que o furto ocorrera há duas semanas.

Ora, não há outra resposta senão entender que se trata de uma prova ilícita, pela simples razão de ingresso em domicílio fora de uma hipótese de flagrante delito, haja vista que o crime de furto é instantâneo e a utilização do objeto é mero exaurimento dele.

O Delegado nesta hipótese não poderia lavrar auto de prisão em flagrante. Trata-se de uma hipótese em que o conduzido coercitivamente, e algemado, por exemplo, será imediatamente libertado por se tratar de uma prisão ilegal de cujas evidências, sequer poderão ser utilizadas como prova para justificar eventual justa causa para a denúncia.

Este exemplo deixa muito claro que foi o delegado de polícia quem decidiu pela não prisão em flagrante e atendeu à constituição da República de cuja norma anuncia em seu art. 5º, LXI, que ninguém será preso senão em flagrante delito. A captura pode ser realizada por qualquer um, mas a detenção e sua manutenção somente por Delegado de Polícia, conforme explicaremos mais detalhadamente adiante.

Como já dissemos na obra jurídica *Diálogos Jurídicos na Contemporaneidade*³⁵ é plenamente pacífico o convívio de medidas cautelares sob a gestão da autoridade de garantias e o monopólio da jurisdição, ou seja, coexistem no ordenamento constitucional mecanismos aptos a ensejar um procedimento investigatório criminal com autonomia e efetividade garantista, nas quais engendram decisões fora da reserva absoluta da jurisdição, sob controle posterior, alcance do real sentido do art. 5º, XXXV da CR.

Em outras palavras, a reserva absoluta da jurisdição não significa que o Estado-investigação não possa praticar atos de natureza decisória³⁶, pelo contrário, a constituição e as normas infraconstitucionais preveem medidas acautelatórias e requisições pela Autoridade de Garantias, v.g. artigos 23, VII; 30; 31§4º; 31; 33, III; 32, todos da Lei 12.527/11, art. 17-B da Lei 12.683/1233, art. 2º, §2º da lei 12.830/13 e art. 15 da lei 12.850/13, mas que a toda evidência não estão no âmbito de incidência da reserva absoluta da jurisdição. Neste caso, os atos são praticados sem prejuízo do controle judiciário, conforme dispõe o art. 5º, XXXV da CRFB, mas com fundamento igualmente constitucional, conforme art. 5º, XXXIII da CR/88.

Não nos deixa mentir a decisão do STF, da lavra do eminente Constitucionalista, Min. Luís Roberto Barroso por ocasião do julgamento do HC 124322/RS, na qual não deixou dúvidas de que a obtenção direta de dados cadastrais telefônicos pelo Delegado de Polícia não configura quebra de sigilo das comunicações telefônicas.

35 BARBOSA, Ruchester Marreiros; et al. Cood. Geral: MELLO, Cleyson de Moraes e GÓES, Guilherme Sandoval. In *Poder Geral de Natureza Administrativo-cautelar pelo Delegado de Polícia e sua Função Inerente ao Sistema Acusatório Garantista*. Juiz de Fora: Editar, 2015, p. 252.

36 BARBOSA, Ruchester Marreiros. Sobre a natureza decisória de determinados atos praticados pelo Delegado de Polícia citamos trabalho científico publicado na *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre: Síntese, v.13, nº 74, jun./jul. 2012, p. 10 a 17.

Ao negar seguimento ao referido *habeas*, o ministro confirmou jurisprudência da Corte³⁷, destacando que o fornecimento de registros sobre hora, local e duração de chamadas, ainda que sem decisão judicial, não contraria o art. 5º, XII, da Constituição da República, que protege apenas o conteúdo da comunicação telefônica. Esta decisão ratificou, no caso concreto, o mesmo posicionamento do STJ³⁸ e do TRF da 4ª Região³⁹, conseqüentemente, também excluiu da reserva absoluta da jurisdição que o fornecimento de tais dados violariam o art. 5º, X da CR, por se tratar de uma decisão do Estado-investigação.

Não há como se negar, doutrinária e jurisprudencialmente, a existência de medidas acatelasórias sob a gestão do Delegado e se reconhecer o poder geral cautelar administrativo como função imanente à investigação criminal, verdadeiro elemento de democraticidade, verdade e constitucionalidade, para além de um sistema acusatório.

4. FUNÇÃO MATERIALMENTE JUDICIAL

Atualmente a prisão em flagrante tomou contornos muito maiores, não somente por conta da Lei 12.403/11, mas também em razão da ênfase e atenção aos Tratados de Direitos Humanos, notadamente à Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ambos ratificados pelo Brasil, há aproximadamente mais de 20 anos, mas somente agora nossos juristas resolveram se debruçar sobre ele, lamentavelmente, ainda em sua literalidade, e não

37 Pedido de Reconsideração no MS 23.576/DF, Rel. Min. Celso de Mello, em 14/12/99 e STF, Rel. Min. Celso de Mello, MS nº 23.851-8/DF, Pleno, Ementário nº 2074-2, DJ de 2074-2, DJ de 21/06/2002.

38 HC 131.836/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, em 04/11/2012, p. no DJe em 06/04/2011 e cf. voto no MS 21.729, Pleno, 5.10.95, red. Néri da Silveira - RTJ 179/225, 270

39 HC 0002029-54.2012.404.0000/RS - 7ª T. - Rel. Juiz Fed. José Paulo Baltazar Junior - DJe 31.05.2012, p. 563

estudando os precedentes da Corte IDH (Corte Interamericana de Direitos Humanos) e da CID (Comissão Interamericana de Direitos Humanos).

O Pacto de San Jose da Costa Rica passou por uma (re) análise histórica em 03 de dezembro 2008 pelo Pleno do STF, na qual julgou em sede do HC 87.585-TO e RE 466.343-SP, que a referida norma internacional, por ter sido ratificada antes da emenda constitucional 45/04 e ter adotado o rito legislativo de lei ordinária e, portanto, formalmente contrário ao art. 5º,§3º da CR, possui, então, *status* de norma supra legal, não obstante toda a doutrina de Direito Internacional Público entender que o referido documento goza de status de norma materialmente constitucional.

Diante deste quadro constitucional e o novo status dos tratados sobre direitos humanos (antes de 2008 o STF entendia que a CADH tinha status de lei ordinária), surge um novo paradigma a respeito da hierarquia das leis e a constituição, fortalecendo, por um lado, o apego pelo positivismo do século XIX, representada pela pirâmide de Kelsen⁴⁰, mas por outro lado, ao editarem a súmula vinculante 25, sacramentaram a lógica da "*permeabilidade do trapézio centrado no human rights approach*", oriunda do diálogo das fontes⁴¹ de Erik Jayme em exclusão ao clássico critério de solução de conflito de normas.

Flávia Piovesan afirma categoricamente que o Estado deve adotar emergencialmente um novo paradigma jurídico, saindo "*da hermética pirâmide de Kelsen centrada no state approach*

40 GOMES, Luiz Flávio. Controle de Convencionalidade: STF Revolucionou Nossa Pirâmide Jurídica , disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1242742038174218181901.pdf>>, acesso em 14/02/2016

41 MARQUES, Claudia Lima. Manual de direito do consumidor. 2. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 89/90.

à permeabilidade do trapézio centrado no *Human rights approach*."42
(destaque nosso)

Neste sentido, o Delegado de Polícia no exercício de sua função deve se localizar como garantidor, sob o prisma do *human centered approach*, a lógica empregada por Norberto Bobbio⁴³, qual seja *lente ex parte populi*, que significa que o Estado serve e protege direitos e não o oposto, ou seja, hodiernamente o Estado deve abandonar a lógica imanente da *lente ex parte principe*.

Mesmo diante da necessidade de se incluir os tratados e convenções sobre direitos humanos, formalmente, entre a Constituição e as leis, em outras palavras, esses tratados estão acima (supralegal) das leis federais e, portanto, acima do Código de Processo Penal.

Associado ao dever de cotejo dos documentos internacionais com a Constituição da República e suas jurisprudências constitucionalizantes, v.g. ADPF 54, nosso constituinte originário adotou um sistema, oriundo de uma ponderação de valores, também, originária, que comporta a previsão de uma reserva absoluta e outra relativa da jurisdição, ou seja, há no ordenamento, como ocorre na investigação criminal, medidas de natureza investigatória que deverão ser decididas exclusivamente pelo Estado-juiz (interceptação telefônica), hipótese de reserva absoluta, e outras medidas decididas pelo Estado-investigador (detenção⁴⁴ em flagrante), hipótese de reserva relativa, que passa por um

42 Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai, PIOVEZAN, Flávia et al., Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 118

43 BOBBIO, Norberto, Era dos Direitos, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1998, apud ob. cit. p. 120

44 Abordaremos o termo detenção à luz dos tratados internacionais de direitos humanos e não conforme a doutrina brasileira e nossa constituição o fazem, que por sua vez, não distinguem captura, detenção e prisão, o que viola o conjunto de princípios da ONU para pessoas nessas circunstâncias.

controle posterior do Estado-juiz, autorizando a adoção do que denominamos de sistema de *dupla cautelaridade*⁴⁵.

Este sistema também é apontado pelo jurista Luiz Flávio Gomes⁴⁶, que nos citando em artigo de sua lavra sobre audiência de custódia, deixa clara a sua manifestação pela total constitucionalidade de se reconhecer o poder decisório de liberdade provisória pelo delegado, que possui natureza de contracautela.

Passemos à análise da “prisão em flagrante”. Ora, se a liberdade provisória é uma contracautela, isso significa que a prisão em flagrante decidida pelo delegado de polícia tem natureza cautelar. Ou então, em nome da lógica, a liberdade provisória seria uma contra precautela? Não há amparo teórico ôntico-ontológico na teoria geral das cautelares para esta conclusão, salvo se o intérprete transportar, de forma inadequada categorias do processo civil para o processo penal, confusão que é muito comum.

A doutrina, sabedora deste equívoco epistemológico, no escólio de Aury Lopes Jr.⁴⁷ apresenta o ponto de tensão desta distinção:

São a ausência da liberdade e a relação de poder instituída (em contraste com a liberdade e a igualdade) os elementos fundantes de uma diferença insuperável entre processo civil e o penal

Neste jaez é forçoso concluir, que se estes elementos indicadores se distinguem do processo civil, mas é ponto comum à investigação criminal não restar outra inferência senão admitir que

45 BARBOSA, Ruchester Marreiros. Audiência de Custódia (Garantia) e o Sistema da Dupla Cautelaridade Como Direito Humano Fundamental. In Estudos sobre o papel da Polícia Civil em um Estado Democrático de Direito. (Coord.) SOUZA, David Tarciso Queiroz de e GUSSO, Rodrigo Bueno. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

46 GOMES, Luiz Flávio. Disponível neste link: http://luizflaviogomes.com/nucci-como-juiz-rasgou-a-convencao-americana/#_ftnref1. acesso em 29/11/2016.

47 LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Vol.1 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 30

e investigação, ao menos possui, o que denominamos de zonas de interseção processual, conseqüentemente, medidas de caráter cautelar, principalmente quando o instituto é da liberdade, notadamente, por força constitucional, art. 5º, LXVI, ao delinear que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, notadamente assume a posição política de se admitir regulamentação legal para medidas cautelares pelo delegado de polícia para qualquer crime, haja vista a ausência de reserva absoluta da jurisdição para a liberdade.

Por uma questão de simples coerência, se a doutrina é uniforme em entender que a liberdade provisória é uma espécie de medida cautelar, ou contracautela⁴⁸ não há outra conclusão lógica a de que, por exemplo, quando o delegado de polícia determina a lavratura do auto de prisão em flagrante e concede liberdade provisória mediante fiança, estamos diante de duas decisões (e não despacho) de naturezas cautelares. Seja emanado por autoridade administrativa ou não, o rótulo não altera o conteúdo e a finalidade, porquanto autorizado pela Constituição, reveste-se de garantia fundamental, escopo de todo sistema democrático, antes de acusatório.

Não é por outro motivo que o legislador reconheceu em nosso ordenamento que o Delegado de Polícia realiza *análise jurídica do fato e suas circunstâncias*, conforme conteúdo do disposto no art. 2º, caput e §1º da lei 12.830/13, cujo sentido é atribuir ao cargo função de hermeneuta das circunstâncias fáticas com profícuo propósito de engendrar contornos jurídicos aos atos do Estado-investigador (atos policiais).

Em especial, no auto de prisão em flagrante, no exercício da função jurídica e exclusiva de Estado, o Delegado se torna o único a poder realizá-lo. Não há nenhum óbice em se efetivar

48 TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 10ª Ed. Bahia: JusPodivm, 2015, p. 920.

uma interpretação sistêmica e definir o resultado hermenêutico por meio de controle de convencionalidade⁴⁹.

Não olvidamos em sistematizar, neste contexto, a estrita legalidade inserida no art. 37 da CR, segundo o qual a administração pública age somente quando autorizada por lei. Neste aspecto, a lei 12.830/13 pode ser entendida como a *ponte de diamante* por ser uma norma que contém o núcleo duro irrenunciável ao direito de liberdade na análise jurídica da captura do imputado, sendo inconveniente qualquer norma que crie obstáculos ao exercício desta função pelo Delegado de Polícia, devendo ser aplicada pelo delegado a fonte que maior garantia possa ser efetivada em nome do princípio *pro homine*⁵⁰, consequentemente afastar norma que crie obstáculo à efetivação de direitos, como é o caso do art. 322 do CPP, que limita irracionalmente a análise do direito de liberdade do suspeito (capturado) em sede policial apenas para os crimes cuja pena máxima não ultrapasse 4 anos, criando distinção arbitrária, despidida de fundamentação lógica e razoável.

Os tratados e precedentes da Corte IDH reconhecessem expressamente a legitimidade de órgãos não jurisdicionais, exercendo a função igualmente jurídica e “*materialmente jurisdicional*”⁵¹, de deter e soltar. Não é por outra razão que o Pacto dispõe sobre o direito dos detidos de se socorrerem de juízes e tribunais acaso as decisões daqueles órgãos que avaliaram a condução do capturado perante o juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais, prevista no art. 7.5, acaso decida pela

49 _____ MAZZUOLI, valeiro de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro Revista Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009 , p.113 a 137

50 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Controle Jurisdicional Da Convencionalidade Das Leis. São Paulo, 3ªed. revista, atualizada e ampliada, Revista dos Tribunais, 2013, p.146.

51 Corte IDH. Caso Vélez Lóor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 142 , disponível: , acesso em 08 de agosto de 2014.

manutenção da detenção ou sua decretação, se socorra da revisão “sem demora” a um juiz (no caso da decisão por outra autoridade/delegado) ou Tribunal (no caso de decisão de um juiz), conforme o artigo 7.6 do Pacto de San Jose da Costa Rica, *verbis*:

Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa. (grifo nosso)

Neste mesmo sentido dispõe outro documento das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, denominado de “*Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer forma de Detenção ou Prisão – 1988*”⁵². Segundo este documento, que elenca 39 princípios sobre pessoas, capturadas, detidas e presas, realiza uma interpretação teleológica sobre o alcance de “*ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais.*”, disposto em seu ANEXO, e seu princípio 11.3, *in verbis*⁵³:

Para los fines del Conjunto de Principios:

Para efeitos do Conjunto de Princípios: a) “captura” designa o ato de deter um indivíduo por suspeita da prática de infração ou por ato de uma autoridade; b) “pessoa detida” designa a pessoa privada de sua liberdade, exceto se o tiver sido em consequência de condenação pela prática de uma infração; c) “pessoa presa” designa a pessoa privada da sua liberdade consequência de condenação pela prática de uma infração; d) “detenção” designa a condição das pessoas detidas nos acima

52 Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, Conclusiones y Recomendaciones de 15 de diciembre de 2003, UN DOC E/CN.4/2004/3, párr. 86.

53 Site do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, acesso em 08 de agosto de 2014

referidos; e) “prisão” designa a condição das pessoas presas nos termos acima referidos; f) A expressão “autoridade judiciária ou outra autoridade” designa autoridade judiciária ou outra autoridade estabelecida nos termos cujo estatuto e mandato ofereçam as mais sólidas garantias de competência, imparcialidade e independência.

Princípio 11

1. Ninguém será mantido em detenção sem ter a possibilidade efetiva de ser ouvido prontamente por uma autoridade judiciária ou outra autoridade. A pessoa detida tem o direito de se defender ou de ser assistida por um advogado nos termos da lei.

2. A pessoa detida e o seu advogado, se o houver, devem receber notificação, pronta e completa da ordem de detenção, bem como dos seus fundamentos.

3. A autoridade judiciária ou outra autoridade devem ter poderes para apreciar, se tal se justificar, a manutenção da detenção.

Princípio 13

As autoridades responsáveis pela captura, detenção ou prisão de uma pessoa, respectivamente, no momento da captura e no início da detenção ou da prisão, ou pouco depois, prestelhe informação ou explicação sobre os seus direitos e sobre o modo de os exercer.

A expressão “no momento da captura e no início da detenção ou da prisão” denota relação de imediatidade entre o momento fático do flagrante delito, e a decorrente interrupção da prática criminosa com a captura do agente por qualquer pessoa, o que nos permite concluir esteja o conjunto de princípios se referindo a outra autoridade autorizada por lei a exercer função jurisdicional. Ora, nosso ordenamento não adota o juizado de instrução, restando somente a figura do Delegado de Polícia como *a outra autoridade* referido nos diplomas internacionais como órgão autorizado a exercer a função materialmente judicial.

Regra semelhante e garantida pelo Delegado de Polícia no procedimento de lavratura do auto se encontra no *art. 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado, bem como o inciso seguinte, por se tratar de um direito a ser exercido, eventual representação pelos responsáveis por sua captura, detenção ou prisão, LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; não obstante nosso constituinte não ter realizado a distinção entre capturado, detido e preso.*

Princípio 21

2. Nenhuma pessoa detida pode ser submetida, durante o interrogatório, a violência, ameaças ou métodos de interrogatório suscetíveis de comprometer a sua capacidade de decisão ou de discernimento.

Este princípio que deixa claro o direcionamento à pessoa detida durante o interrogatório, procedimento exatamente previsto no art. 304, caput do CPP, nos termos da expressão “*Apresentado o preso à autoridade competente (...) Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado (rectius, capturado ou conduzido)*”(destaque nosso). Os únicos locais em que uma pessoa é interrogada enquanto detida é perante o Delegado de Polícia ou o Juiz, posto que não raras as vezes o réu está detido e algemado enquanto é interrogado, o que poderá ensejar até mesmo responsabilidade civil, criminal e administrativa, além da nulidade do ato processual realizado de forma a comprometer a capacidade de decisão ao responder às perguntas das autoridades.

Princípio 37

A pessoa detida pela prática de uma infração penal deve ser apresentada sem demora a uma autoridade judiciária ou outra autoridade prevista por lei, prontamente após sua captura. Essa autoridade decidirá sem demora da legalidade e necessidade da detenção.

Este princípio é de uma clareza solar e de lógica cartesiana ao concluir que a captura mencionada no princípio 11.1 diz respeito ao art. 301 do CPP, no qual a doutrina denomina de flagrante facultativo. Esta nomenclatura diz respeito à captura de qualquer pessoa, seja por um particular ou por agentes da autoridade.

Em outras palavras, em cotejo deste princípio com o 11.1, pela expressão “*Ninguém será mantido em detenção*”, no princípio 13, no termo “*no momento da captura e no início da detenção (prisão provisória) ou da prisão (prisão pena)*”, no princípio 21.2, “*pessoa detida*” e “*durante o interrogatório*”, por fim, no princípio 37, “*apresentada sem demora*”, a “*outra autoridade*” e “*prontamente após sua captura*”. Essa autoridade decidirá sem demora da legalidade e necessidade da detenção.”, não nos resta outra alternativa a concluir que se trata, no Brasil, do Delegado de Polícia, já que este possui o poder de relaxar a prisão, conforme se convencer das respostas das testemunhas e conduzido, conforme art. 304, §1º do CPP, consoante entendimento doutrinário⁵⁴, bem como conceder liberdade provisória com ou sem fiança (322 e 325, CPP), conceder liberdade plena equivalente ao livrar-se solto, previsto no art. 69, parágrafo único da Lei 9.099/95, art. 48, §2º da Lei 11.343/06 e art. 301 da Lei 9.503/97. Com esses exemplos, como dizer que liberdade provisória é instituto afeto à reserva absoluta da jurisdição?

Em outras palavras o ordenamento jurídico processual penal de 1941, ao realizar a lógica da detenção automática para determinados crimes e a outros não, reproduz somente uma lógica autoritária e irracional de detenções automáticas, limitando a análise da liberdade que pode ser apreciada plenamente, sem nenhum embargo ontológico da Constituição ou dos Tratados e

54 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 7ª edição. São Paulo: RT, 2011, p. 600-601. LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2013p. 887-888 (este último autor chegar a criticar a locução “relaxamento da prisão em flagrante”, afirmando que essa possibilidade está permitida ao juiz, por força da CF. Na verdade, o mesmo poder é reservado ao delegado, por força da Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 7, 5).

Convenções sobre Direitos Humanos, por força da função materialmente judicial do Delegado.

A referida limitação, em especial, jungida ao art. 322 do CPP é o que viola os documentos sobre direitos humanos, por afronta o que se coaduna com o princípio 39 adiante, não havendo sentido se admitir, ainda, em pleno século XXI e em décadas de vigências dos documentos de direitos humanos, que o Código de Processo Penal, de 1941 ainda restrinja direitos humanos, o que também é vedado pela denominada “Cláusula Geral” do presente documento:

Nenhuma disposição do presente conjunto de Princípios será interpretada no sentido de restringir ou derogar algum dos direitos definidos pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos.

Ora, se o documento não pode restringir outro tratado internacional de direitos humanos, o que diremos no cotejo de um Código de Processo Penal inspirado no regime fascista italiano de 1930.

Neste diapasão:

Principio 39

Salvo em circunstâncias especiais previstas por lei, a pessoa detida pela prática de infração penal tem direito, a menos que uma autoridade judiciária ou outra autoridade decidam de outro modo no interesse da administração da justiça, a aguardar julgamento em liberdade sujeita às condições impostas por lei. Essa autoridade manterá em apreciação a questão da necessidade de detenção.

Podemos ainda afirmar, que no Brasil o nosso código de processo penal estabelece a emissão de nota de culpa e a lei 12.830/13 determina os fundamentos do indiciamento pelo Delegado, no caso de prisão em flagrante (detenção para o tratado), o que podemos facilmente concluir se tratar da expedição da *nota*

de culpa como verdadeira ordem de detenção, que determina o indiciamento, conseqüentemente deve ser fundamentada, sob pena de nulidade.

Em outras palavras, se o Delegado deve fundamentar o indiciamento, que pode ser com o investigado solto, com muito mais razão o deve fundamentar aquele que ficará detido por ordem sua até a comunicação de prisão (*rectius*, detenção) ao Juiz, conforme o artigo 7.6 do Pacto de San Jose da Costa Rica e princípio 37, pela expressão “*decidirá*” e “*necessidade da detenção*”, bem como o conteúdo do princípio 10:

A pessoa capturada deve ser informada, no momento da captura, dos motivos desta e prontamente notificada das acusações contra si formuladas.

2. A pessoa detida e o seu advogado, se o houver, devem receber notificação, pronta e completa da ordem de detenção, bem como dos seus fundamentos.

Como se pode observar, o sistema de proteção internacional de direitos humanos possui uma hermenêutica própria, na qual o País signatário não pode dispor, ou seja, não lhe pode atribuir se quer uma nomenclatura disforme, como ocorre no Brasil, por exemplo, que confunde conduzido/capturado com detido ou preso com capturado. Esta ausência sistêmica, no Brasil, de proteção da pessoa conduzida/capturada, detida e presa contribui para uma interpretação destoante dos escopos trazidos nas decisões da Corte IDH.

Nesta hermenêutica internacionalizante da ONU, que busca uniformizar uma sistemática jurídica universalizante sobre captura (conduzido), detenção e prisão no sistema de proteção dos direitos humanos da pessoa atingida em seu direito de liberdade, é nada mais nada menos do que uma tipicidade processual, ou seja, a aplicação da legalidade estrita e seu alcance ampliativo para garantia da liberdade e restritivo para a “retenção” ou “restrição”

da liberdade no ordenamento interno dos países signatários do sistema regional e global de proteção aos direitos humanos.

Esta análise pode se observar pelos princípio ora esposados e pelas interpretações a estes princípios e do art. 7, item 5 da CADH, conforme casos concretos sobre os quais a Corte IDH os interpretou e uniformizou o entendimento de que *órgão com função judicial não significa estritamente jurisdicional*, mas que a revisão da restrição da liberdade, tendo sido ela mantida por um juiz ou outra autoridade, deverá ser realizada por outro juiz, num sistema de duplo grau de audiência de garantia (custódia), conforme interpretação sistêmica e teleológica do art. 7, 5; 7,6 c/c 8, item 1 c/c 25, todos da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nesta toada podemos afirmar seguramente que o Delegado de Polícia tem poder de cessar por ele mesmo detenções ou como referenciado no "Conjunto de Princípios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988", capturas/conduções coercitivas arbitrárias, diante da possibilidade de analisar juridicamente a ausência de situação flagrancial e relaxar a captura/condução coercitiva ou conceder liberdade nos termos já referidos.

5. CONCLUSÕES.

O Delegado de Polícia é o primeiro jurista, portanto, a atribuir juridicamente os efeitos pretendidos pela norma ao ter acesso ao fato criminoso, ou seja, é o primeiro juiz do caso concreto, tendo a atribuição de analisar juridicamente os fatos ocorridos e promover eficiente investigação criminal. Precisa agir com atenção e cautela diante da iminência de suas atribuições com o direito fundamental de liberdade da pessoa humana, tendo sido esta a razão da promulgação da lei 12.830/13, na qual o Delega-

do de Polícia figura como cargo de natureza jurídica inserido no sistema de justiça criminal, o que leva a doutrina a lhe atribuir “*função essencial à justiça, como garantia implícita na Constituição*”⁵⁵, não restando dúvidas, portanto da necessária natureza cautelar da nota de culpa como ordem de detenção pelo Delegado, restando o auto de prisão em flagrante, o procedimento formal de documentação da captura/condução do criminoso por qualquer pessoa, sob a presidência do Delegado, que ao final, decidirá pela detenção ou liberdade, seja plena ou provisória, consequentemente, por uma medida cautelar.

As medidas provenientes do Delegado certamente batem às portas do Judiciário, seja em razão do arquivamento ou da propositura da ação penal. É necessário que a prática forense seja fundamentada em outras fontes da norma.

É imperioso que o Delegado com intérprete da norma não deixe de fundamentar seus atos à luz da Constituição e dos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, bem como a jurisprudência constitucionalizante e jurisprudência internacionalizante dos tratados.

O exercício da interpretação é função imanente da atividade jurídica do Delegado de Polícia e quando fundamentada em estudos acadêmicos, que por sua vez, refletem o conteúdo de manifestações provenientes de organismos internacionais nas quais o Brasil está vinculado, não se poderá deduzir o estapafúrdio discurso de que agindo assim poderia estar atuando contrariamente à “lei” em sentido estrito, consequentemente estaria sujeito a esdrúxula conclusão de agir contra o ordenamento.

Lei é no sentido de sistema jurídico, e este possui fontes diversas, inclusive acima delas, como os tratados de todos os gêneros e a Constituição.

55 NICOLITT, Manual de Processo Penal, 5ªed., São Paulo: RT, 2015, p. 172

Assim agindo, efetivamente a função investigativa não se põe de refém da inapetência do legislador em compatibilizar um Código de Processo Penal arcaico e autoritário, que não pode ser considerado válido, naquilo que se contrastar com a democraticidade da atuação dos órgãos que compõem o sistema de justiça criminal, que, a toda evidência, inclui-se a Polícia Judiciária, chefiada pelo Delegado de Polícia, seja no âmbito Estadual ou Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEM, Giorgio. *O amigo & O que é um dispositivo?*. Trad. Vinícius Nicastro Honesko, Chapecó: Argos, 2014.
- ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*, Org. trad. e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivissonno, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014
- AOLAIN, F.N., Campbell, C., “*The Paradox of Transition in Conflicted Democracies*”, Human Rights Quaterly vol. 27, no.1 (Fevereiro 2005), pp. 172-213.
- BARBOSA, Marreiros Ruchester; et al, Cood. Geral, DELGADO, Ana Paula Teixeira; MELLO, Cleyson de Moraes; PACHECO, Nívea Maria Dutra. *As Novas Fronteiras do Direito Estudos Interdisciplinares em Homenagem ao Professor Francisco de Assis Maciel Tavares*. In Audiência de Custódia (Garantia) e o Sistema da Dupla Cautelaridade Como Direito Humano Fundamental. Juiz de Fora: Editar, 2015.
- _____, *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre: Síntese, v.13, nº 74, jun./jul. 2012, p. 26 a 28.
- _____; et al. Cood. Geral: MELLO, Cleyson de Moraes e GÓES, Guilherme Sandoval. In *Poder Geral de Natureza Administrativo-cautelar pelo Delegado de Polícia e sua Função Inerente ao Sistema Acusatório Garantista*. Juiz de

Fora: Editar, 2015, p. 252.

_____. Sobre a natureza decisória de determinados atos praticados pelo Delegado de Polícia. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre: Síntese, v.13, nº 74, jun./jul. 2012.

_____. *Audiência de Custódia (Garantia) e o Sistema da Dupla Cautelaridade Como Direito Humano Fundamental*. In Estudos sobre o papel da Polícia Civil em um Estado Democrático de Direito. (Coord.) SOUZA, David Tarciso Queiroz de e GUSSO, Rodrigo Bueno. Florianópolis: Empório do Direito, 2016

BOBBIO, Norberto, *Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1998

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. in: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, nº 113/118, jan/dez. 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 11. reimp., Almedina, Almedina.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Tomo I. Santa Fe de Bogotá - Colombia: Temis, 2000.

Corte IDH. Caso Vélez Lóor Vs. Panamá. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218

ELSTER, Jon. *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*. Buenos Aires: Katz, 2006

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Sigilo de Dados: o Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado*. In Sigilo Fiscal e Bancário. PIZOLIO, Reinaldo e GAVALDÃO JR, Jayr Viégas (coord.). São Paulo. Quartier Latin. 2005.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003, p. 75

GOMES, Luiz Flávio. *Controle de Convencionalidade: STF Revolucionou Nossa Pirâmide Jurídica*, disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1242742038174218181901.pdf>>, acesso em 14/02/2016

_____. A CPI e a quebra do sigilo telefônico. *Consulex: revista jurídica*, v. 1, n. 5. Brasília/DF, maio 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. Trad. Sandra Lippert, Lisboa: Piaget, 1992.

HC 131.836/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, em 04/11/2012, p. no DJe em 06/04/2011 e cf. voto no MS 21.729, Pleno, 5.10.95, red. Nérida da Silveira - RTJ 179/225, 270

HC 0002029-54.2012.404.0000/RS – 7ª T. – Rel. Juiz Fed. José Paulo Baltazar Junior – DJe 31.05.2012, p. 563

KANT, Immanuel. *Para a paz perpétua*. Trad. Bárbara Kristensen e Estudo introdutório de Joám Evans Pim, Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado, 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013

LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol.1 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 30

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*, Tomo I, fundamentos. 2ª ed. 2ª reimpr. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2012

MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 2.

ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro *Revista Informação Legislativa*. Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009

_____. *O Controle Jurisdicional Da Convencionalidade Das Leis*. São Paulo, 3ªed. revista, atualizada e ampliada, Revista dos Tribunais, 2013,

NICOLITT, *Manual de Processo Penal*, 5ªed., São Paulo: RT, p. 172

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 7ª edição. São Paulo: RT, 2011,

PRADO, Geraldo, MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. *Decisão Judicial. A Cultura Jurídica Brasileira na Transição para a Democracia*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2012

_____. *A transição democrática no Brasil e o Sistema de Justiça Criminal*. Disponível na internet: <<http://www.geraldoprado.com/Artigos/Geraldo%20Prado%20-%20Palestra%20Coimbra%20-%20A%20transi%C3%A7%C3%A3o%20democr%C3%A1tica%20no%20Brasil.pdf>>, acesso em 17/07/2015.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 260

ROSA (2012), *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Alexandre de Moraes Rosa [at al.], (org.) Luigi Ferrajoli, Lenio Luis Streck e André Karam Trindade, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SANDEL, Michael J. *Justiça - O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012,.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 10ª Ed. Bahia: JusPodivm, 2015.

TZVETAN, Todorov. *Os inimigos íntimos da democracia*, trad. Joana Angelica d'Avila Melo, São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

