

Delegado pode e deve aferir convencionalidade das leis



Sabe-se que o delegado de polícia age *stricto*

sensu em nome do Estado^[1], integrando carreira jurídica^[2] e exercendo função essencial à Justiça.^[3] Pela natureza e relevância de suas atribuições, a autoridade de Polícia Judiciária deve dominar o ordenamento jurídico não apenas nacional, mas também internacional. Isso engloba, portanto, tanto as normas constitucionais (incluindo tratados internacionais de direitos humanos aprovados com quórum de emenda constitucional — artigo 5º, §3º da CF) quanto as normas infraconstitucionais, sejam supralegais (tratados internacionais de direitos humanos aprovados sem quórum de emenda constitucional) ou legais (leis e tratados internacionais em geral).^[4]

Ocorre que nem sempre a legislação ordinária guarda compatibilidade vertical com a Constituição e com os tratados internacionais, razão pela qual deve ser realizado o controle dessas normas com base nos referidos parâmetros. Daí se falar em controle de constitucionalidade e de convencionalidade, respectivamente.

Diferentemente do controle de constitucionalidade, cujo estudo vem de longa data, o controle de convencionalidade é assunto novo. Discutido apenas recentemente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos,^[5] foi sistematizado pela doutrina brasileira de forma pioneira pelo professor Valerio Mazzuoli.^[6]

O controle de convencionalidade consiste na análise da harmonia das normas internas em face das normas internacionais. Pode ser classificado em: a) internacional (externo, definitivo), quando exercido por órgão internacional (especialmente órgãos da ONU e Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso brasileiro); e b) nacional (interno, preliminar), quando efetuado por órgão nacional, subdividindo-se em concentrado (STF) ou difuso (qualquer magistrado ou órgão administrativo).

O parâmetro no controle de convencionalidade externo é a norma internacional (principalmente o Pacto de São José da Costa Rica, no caso do Brasil), enquanto o objeto do controle é a norma nacional, independentemente da hierarquia interna. Vale lembrar que não só a Convenção Americana de Direitos



Humanos é paradigma para o controle de convencionalidade, mas qualquer tratado internacional de direitos humanos, como se depreende do entendimento da Corte IDH[7] e da própria redação do Pacto de São José da Costa Rica (artigo 64.1).

Importante pontuar que no controle de convencionalidade deve-se ter em conta não somente o tratado internacional, mas também a interpretação dada a ele pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, intérprete última da Convenção Americana de Direitos Humanos e detentora da última palavra quanto aos direitos humanos ali positivados.[8]

Todavia, ao contrário do que muitos imaginam, o controle de convencionalidade nacional não é menos importante do que o internacional. Na verdade:

o controle de convencionalidade internacional é apenas coadjuvante ou complementar do controle oferecido pelo Direito interno, como destaca inclusive o segundo considerando da Convenção Americana, que dispõe ser a proteção internacional convencional “coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”.[9]

Nessa esteira, o controle nacional deve obedecer à interpretação elaborada pelo controle internacional. É preciso que ambas as esferas de controle interajam e se influenciem reciprocamente, permitindo o diálogo entre o Direito Interno e o Direito Internacional.[10]

Pois bem. A Corte IDH possui jurisprudência expressa no sentido de que a obrigação de controlar a convencionalidade das normas internas é dever não só dos juízes, mas também de outros órgãos do Estado, nos limites de suas atribuições:

Quando um Estado é parte em um tratado internacional como a Convenção Americana, *todos os seus órgãos*, incluídos seus juízes, estão a ele submetidos, o qual os obriga a velar a que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim, pelo que os juízes e *órgãos vinculados à administração da Justiça em todos os níveis têm a obrigação de exercer ex officio um “controle de convencionalidade”* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais correspondentes, e nesta tarefa devem levar em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.[11]

Claro que nem todo órgão administrativo possui essa missão, mas apenas aqueles que concentram relevantes poderes estatais capazes de atingir diretamente (por autoridade própria) o núcleo da franquia de liberdades dos cidadãos. O Tribunal Internacional já sinalizou, quanto ao órgão administrativo competente, que:

(...) ditas características não só devem corresponder aos órgãos estritamente jurisdicionais, senão que as disposições do artigo 8.1 da Convenção se aplicam *também às decisões de órgãos administrativos*. Toda vez que em relação a essa garantia corresponder ao funcionário a tarefa de prevenir ou fazer cessar as detenções ilegais ou arbitrárias, é imprescindível que dito funcionário esteja facultado a colocar em liberdade a pessoa se sua detenção for ilegal ou arbitrária.[12]

Ideia semelhante é encontrada nas Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Criança e do Adolescente (Regras de Pequim – Resolução 40/33 da ONU), que estabelece que, na regra segundo a qual um juiz, oficial ou organismo competente deve considerar a liberação, está abrangida a autoridade policial.

Nesse panorama, o delegado de polícia é, na dicção da Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 7.5), *outra autoridade autorizada por lei a exercer função judicial*, tendo a atribuição de analisar juridicamente os fatos ocorridos aplicando a lei ao caso concreto, ainda que em juízo de cognição sumária.[13] Fácil perceber que a Polícia Judiciária tem a importante missão de assegurar que as investigações criminais se mantenham em sintonia com um país democrático, projetando-se o delegado de polícia como a primeira autoridade estatal a preservar os direitos fundamentais de todos os envolvidos.[14]

Daí o preciso ensinamento de Valerio Mazzuoli:

Certo, portanto, é que *tanto a Polícia Federal quanto a Polícia Civil têm o dever de aplicar as garantias previstas nos tratados internacionais de direitos humanos* ratificados pelo Brasil no exercício de suas funções, da mesma forma que também devem destinar aos cidadãos (investigados, detidos etc.) todas as garantias estabelecidas pela Constituição Federal. Assim, *não há dúvida ter a Polícia Judiciária papel importante a desempenhar na defesa dos direitos humanos*, à luz tanto da Constituição Federal quanto dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil. (...)

A Polícia Judiciária não só pode como deve aferir a convencionalidade das leis no caso concreto, sugerindo que sejam invalidados os dispositivos legais que violem tratados de direitos humanos em vigor no Estado ou o bloco de convencionalidade (costumes internacionais relativos a direitos humanos, sentenças e opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos etc.). *Poderá o Delegado de Polícia, assim, detectar a inconvenção de norma interna que inviabilize, v. g., a efetivação de uma garantia amparada pelo sistema internacional de proteção de direitos humanos.*[15]

A cautelaridade da atuação do delegado de polícia é evidente. A autoridade de Polícia Judiciária relativiza a todo momento direitos fundamentais *manu propria*, a exemplo da liberdade (prisão em flagrante), da propriedade (apreensão de bens) e da intimidade (requisição de dados). Ou seja, as decisões da autoridade policial repercutem nos bens jurídicos mais caros ao cidadão, e por isso mesmo afetam as *circunstâncias* do indivíduo e com isso o próprio *eu*. [16]

Com efeito, a análise de convencionalidade pela Polícia Judiciária é sempre difusa, no caso concreto. O delegado de polícia não retira a norma inconvenção do ordenamento jurídico, mas apenas deixa de aplicá-la (fazendo incidir outra norma, esta sim convencional) ao tomar a decisão fundamentada para preservar direitos fundamentais dos envolvidos. Deve ser afastada pela autoridade policial a fonte normativa de menor garantia, sendo efetivada portanto a de maior proteção em nome do princípio *pro homine*. [17]

Outrossim, ao detectar uma norma inconvenção, é dever do delegado de polícia tomar decisão



fundamentada deixando de aplicá-la (o que não significa sua expurgação do ordenamento jurídico, repita-se). Na sequência, para garantir o rápido controle judicial, deve a autoridade policial remeter cópia do procedimento (incluindo a decisão motivada) ao juiz em exíguo lapso temporal de 24 horas, por analogia (artigo 3º do CPP) com o prazo da remessa de cópia do auto de prisão em flagrante (artigo 306, §1º do CPP) e do envio da decisão de concessão de medidas protetivas de urgência (artigo 12-B, §1º da Lei 11.340/06 conforme Projeto de Lei 7/14 aprovado pelo Congresso).

O magistrado deve decidir também com celeridade, em prazo de 48 horas, analogicamente à decisão de fiança (artigo 322, parágrafo único do CPP) e de medidas protetivas de urgência (artigo 18 da Lei 11.340/06). Assim poderá manter o entendimento ou adotar posição diversa, em harmonia com o estatuído no artigo 7.6 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Isso significa que a deliberação do delegado de polícia sobre a convencionalidade ou não da lei, a par de sua enorme importância, não é definitiva, mas dotada de precariedade, como toda medida de caráter cautelar, em exercício de um juízo de valor de cognição sumária, tendo em conta que será revisada a posteriori pela instância judicial.

Em outras palavras, diante de gritante afronta a Constituição, tratados internacionais de direitos humanos e conjunto de decisões interpretativas da Corte IDH, ou seja, malferido o bloco de convencionalidade, a autoridade policial não deve aplicar a lei violadora, mas aquela que se encontra de acordo com o arcabouço normativo.

Nenhuma perplexidade causa essa constatação. Diuturnamente o delegado de polícia faz análises técnico-jurídicas (artigo 2º, §6º da Lei 12.830/13) nesse viés, como por exemplo ao negar a incomunicabilidade do investigado. Apesar de autorizada pelo artigo 21 do CPP, a não comunicabilidade do preso viola a Constituição, que veda a incomunicabilidade mesmo em Estado de Defesa (artigo 136, § 3º, IV), e assegura a comunicação ao juiz, à família ou à pessoa indicada (artigo 5º, LXII), bem como a assistência da família e de advogado (artigo 5º, LXIII). A restrição fere de morte também as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos (Regras de Mandela – regra 92). Se ninguém espera que o delegado de polícia aplique irracionalmente regras como esta, não faz sentido defender a aplicação de outras normas *nonsense*.

Tampouco gera espanto a aferição da inconveniência de leis realizada por outros órgãos administrativos, tais como Ministério Público quando deixa de denunciar por fato que supostamente configura desacato, ou Defensoria Pública quando postula a obrigatoriedade da participação da defesa na investigação policial. As atuações não são definitivas e não subtraem o controle judicial.

No que tange ao controle difuso de convencionalidade, a Corte IDH não o limita a pedido expresso das partes em um caso concreto. Na verdade determina a análise a compatibilidade das leis de ofício sempre que detectar a violação a um tratado internacional de direitos humanos de que o Estado seja parte.^[18]

Nessa esteira, reconhecer o dever de detectar a inconveniência das leis por uma carreira jurídica como a do delegado de polícia, que lida diariamente com mitigação de direitos dos cidadãos, nada mais é do que seguir os ditames interpretativos da Corte IDH e da melhor doutrina internacionalista.

Aliás, sabendo que a omissão na realização do controle de convencionalidade pode acarretar a



responsabilidade internacional do Brasil,^[19] a proatividade da autoridade de Polícia Judiciária em detectar inconveniências, não aplicar a lei absurda e submeter o caso imediatamente ao juiz é a providência que melhor atende ao sistema de proteção de direitos humanos.

Entender o contrário criaria verdadeira zona de exceção na fase de investigação criminal, como se a etapa pré-processual constituísse bolha imune à incidência dos tratados internacionais de direitos humanos. Equivaleria a inverter o trapézio normativo e subjugar as normas internacionais que o Brasil se obrigou a respeitar.

Em conclusão: a aferição da convencionalidade das leis pelo delegado de polícia no caso concreto, mais do que um poder aleatório conferido ao cargo, consubstancia-se garantia do cidadão.

¹ STJ, RMS 43172, Rel. Min. Ari Pargendler, DJe 22/11/2013.

² STF, Tribunal Pleno, ADI 3441, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 09/03/2007; art. 2º da Lei 12.830/13.

³ NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 178.

⁴ Conforme atual orientação do STF (RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 05/06/2009), ainda que contrariando a classificação doutrinária majoritária no Direito Internacional.

⁵ Embora a nomenclatura tenha sido utilizada no Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala (Sentença de 25/11/2003), a Corte IDH abordou a obrigatoriedade de controle interno somente no Caso Almonacid Arellano e Outros vs. Chile (Sentença de 26/09/2006).

⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: RT, 2009.

⁷ Corte IDH, Caso Gómez Palomino vs. Peru, Sentença de 22/11/2005.

⁸ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano e Outros vs. Chile, Sentença de 26/09/2006; Caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil, Sentença de 24/11/2010.

⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 4.ed. São Paulo: GEN/Método, 2017, p. 169.

¹⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 358.



[11](#) Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguai, Sentença de 24/02/2011.

[12](#) Corte IDH, Caso Jesus Vélez Lóor vs. Panamá, Sentença de 23/11/2010.

[13](#) BARBOSA, Ruchester Marreiros. *Função de Magistratura da Autoridade de Polícia Judiciária*. In: HOFFMANN, Henrique. et al. *Polícia Judiciária no Estado de Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 64.

[14](#) HOFFMANN, Henrique. *Polícia Judiciária e Garantia de Direitos Fundamentais*. In: HOFFMANN, Henrique. *Investigação Criminal pela Polícia Judiciária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 6.

[15](#) MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 4.ed. São Paulo: GEN/Método, 2017, p. 464/469.

[16](#) Na famosa expressão de Ortega y Gasset.

[17](#) MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.146.

[18](#) Corte IDH, Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso vs. Peru, Sentença de 24/11/2006.

[19](#) Corte IDH, Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México, Sentença de 26/11/2010.

Date Created

07/11/2017