

# A atuação do “juiz incompetente” nas cautelares: busca e apreensão versus prisão em flagrante

Érica Marcelina Cruz

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

## 1. Introdução

À primeira vista, pode parecer que o título contraria todo o arcabouço jurídico que orienta a problemática da competência. Talvez, no mesmo momento, ou em um segundo olhar, pode-se pensar que a chamada atemorize os juízes. Surge a primeira indagação: se eu, juiz, já diante do incontável número de demandas para cuja apreciação sou competente (sou o juiz natural do feito), não consigo, em tempo razoável, prestar a atividade jurisdicional, como exigir minha atuação em casos para os quais sou, por regramento legal, tido por incompetente? Em síntese, quando o juiz “incompetente” deverá atuar?

Registre-se a singeleza da resposta, mas a magnitude do conteúdo: toda vez que a *quaestio iuris* ao menos tangenciar a temática prisão *versus* liberdade, o juiz, ainda que tido por incompetente pelas regras processuais, será competente para solução do referido conflito, simplesmente: 1) porque o Estado, como estrutura organizada, somente existe pelo ser humano (e basta ser humano para titularizar direitos essenciais a esta condição); 2) com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana (até porque, a maior afronta ao princípio em tela, após violação do direito à vida, é a violação ao direito à liberdade); 3) em virtude da situação posta à análise, consistente na permanência no cárcere ou retorno imediato à sociedade, exige-se do Estado-juiz uma resposta célere e eficaz.

Evidentemente que não se pretende trazer uma imposição de atuação ao julgador e nem mesmo construir um raciocínio isento de críticas e inaplicabilidade no cotidiano do exercício da atividade jurisdicional. De outro viés, o escopo não é discursar, por linhas a fio, de forma, absolutamente, abstrata. Ao contrário, tenciona-se conjugar, adequar, concatenar: teoria e prática. Pensamos: de que serve o arcabouço teórico, senão para aprimorar a atividade desenvolvida, a tão falada e (mal falada, às vezes) prestação da tutela jurisdicional no âmbito da justiça criminal! Quão entorpecido pela loucura seríamos nós ao impor pensamentos imutáveis! Diversamente. Se a leitura do pensamento a seguir esboçado puder contribuir ao menos para traduzir, no receptor, a sensação que muitas vezes transferimos para o verbete: nunca havia pensado nisto ou nunca havia observado por este ângulo; certamente, já estaremos envaidecidos, somente pelo prazer de compartilhar o tempo despendido de cada qual (escritor e leitor).

## 2. Detalhamento sobre a busca e apreensão

A busca e apreensão é uma medida cautelar de natureza penal prevista nos artigos 240 a 250, do CPP.

É certo que ela excepciona os direitos individuais consagrados, em especial, no artigo 5º, incisos X e XI, da Constituição Federal.

*A fim de evitar o perecimento da prova, pela morte da pessoa (prova pessoal), ou pela alteração ou destruição da prova material (prova real), a medida cautelar de busca e apreensão tem por escopo perpetuar a prova antes ou durante o inquérito policial, bem como durante a ação penal e até mesmo durante a execução da pena.<sup>1</sup>*

Não obstante a jurisprudência venha a afastar, em determinados casos, a ilicitude da prova, reconhecendo a legitimidade da conduta policial e, por via correlata, o auto de prisão em flagrante, quando o indivíduo/suspeito é surpreendido em seu domicílio armazenando substância entorpecente e, por assim o ser, em estado de flagrância, a doutrina ainda invoca, nestes casos (e em razão da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio), a obrigatoriedade de mandado de busca e apreensão. Nesta toada, vejamos:

*Conquanto a obrigatoriedade de mandado de busca e apreensão não evite tais equívocos, até porque o próprio judiciário dificilmente negaria um mandado a uma autoridade policial que indique estar pretendendo realizar uma busca relacionada a crime de tráfico de entorpecentes, a exigência do mandado evitaria que policiais, quando equivocados em uma invasão, fossem obrigados a dissimular apreensão das drogas para evitar possíveis punições funcionais ou mesmo indiciamento pelo crime de abuso de autoridade. A exigência de mandado de busca viria em favor da própria atividade policial, em favor de sua sinceridade nos depoimentos e em benefício da busca pela verdade, tornando a prova do flagrante, do inquérito e do futuro processo menos suspeita.<sup>2</sup>*

A justificar a competência do juiz que concedeu a medida cautelar de busca e apreensão em detrimento daquele que tem jurisdição no local em que o crime ocorreu está a prevenção.

A competência do juiz preventivo está pautada no raciocínio segundo o qual foi ele quem, ao conceder, v.g., a providência acautelatória que culminou com a prisão em flagrante do indiciado que praticava o crime (finalidade esta do mandado de busca, ou seja, suspeita da prática daquele específico delito, o qual, com o resultado da diligência, veio a se materializar), iniciou a colheita de prova. Isto porque o objetivo da medida cautelar em foco é justamente “perpetuar a prova”.

“A doutrina nacional unânime considera a busca e apreensão uma providência acautelatória, uma medida cautelar de natureza criminal visando a assegurar a obtenção e a perpetuação de uma prova, evitando seu perecimento”.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 381.

<sup>2</sup> VALOIS, Luís Carlos. O direito à prova violado nos processos de tráfico de entorpecentes. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 119.

<sup>3</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 384.

Acontece que o perecimento da prova não pode ser evitado “a qualquer custo”. A hipótese em que um juiz, *a priori* absolutamente incompetente, concede a busca e apreensão pode ensejar a nulidade do processo.

*Por outro lado, mesmo em relação aos meios de obtenção de prova, como as buscas e apreensões (CPP, art. 240) e as interceptações telefônicas (Lei 9.296/1996, art. 2º), se determinados por juiz incompetente, haverá nulidade nos casos em que, quando a medida foi decretada, os elementos de informação até então colhidos já permitiam a constatação da incompetência do juiz (p.ex.: um furto realizado contra a Caixa Econômica Federal, cuja busca e apreensão foi determinada por um juiz estadual).<sup>4</sup>*

Entretanto, podemos assentar, de proêmio, que a hipótese supramencionada se constitui em exceção. A regra é a de que, mesmo o juiz inicialmente incompetente, deva se pronunciar sobre a cautelar, se, para tanto, houver motivação exarada nos autos. O que deve ser preservado, em todos os casos, e em especial nesta situação de urgência, é a imparcialidade do julgador. O norte é o de que o juiz, cuja competência era questionável, se pronunciou sobre a cautelar, isento de quaisquer interesses pessoais, mas, sim, única e exclusivamente, para fins de, em primeiro plano e como genuína fundamentação, dar concretude aos ditames constitucionais, sejam eles relacionados a direitos e garantias individuais (artigo 5º, da CF), sejam pertinentes à ordem pública constitucionalmente consagrada (artigo 144, da CF). Em suma, para quaisquer dos bens jurídicos que se busque tutelar, exige-se, do magistrado, “ser tão imparcial quanto no processo”.

*Ora, se no curso da investigação criminal o juiz é chamado a proferir decisões de suma relevância, com a possibilidade de produzir graves efeitos sobre a vida, a intimidade e o patrimônio do investigado, não há nenhuma razão para considerar que este juiz não precisa ser “tão imparcial” quanto o juiz do processo. Nada justifica que se possa dispensar ou abrir mão de relevante mecanismo que permite afastar situações de risco de um julgador parcial, como o caso da garantia do juiz natural. Por tudo isso, é de se concluir que a garantia do juiz natural também se aplica ao juiz que atua durante a fase da investigação preliminar.<sup>5</sup>*

Sustenta-se que o juiz, ao deferir a cautelar restritiva de direitos, por ter o dever de motivar sua decisão, debruçou-se sobre o fato objeto de investigação e dele tem conhecimento a ponto de se tornar competente, para receber a ação penal e presidir a instrução, pela prevenção. É como se a decisão primeira sobre a medida cautelar (as mais corriqueiras: busca e apreensão e interceptação telefônica) descortinasse o caminho para a futura comunicação entre as partes no processo-crime.

<sup>4</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2014. p. 237.

<sup>5</sup> Idem. p. 237-238.

*Esta visão alargada da decisão faz-nos ver que se trata de um processo dentro de outro processo, muito mais amplo que a estrita deliberação individual. O ato decisório é visto aqui como um componente de uma situação de comunicação entendida como um sistema interativo.*<sup>6</sup>

Até para que não se descure da seriedade de que deve estar imbuído o magistrado quando concede a medida cautelar, ponderando e readequando interesses e direitos individuais em prol do interesse público, em garantia da preservação da sociedade, em linhas gerais, é que deverá motivar sua decisão.

Sobre a leitura geral das cautelares a partir de primados do direito comparado e tendo em vista a submissão ao princípio da proporcionalidade, já se obtemperou pressupostos materiais, quais sejam: “1º) forte suspeita de cometimento do delito (*dringend Verdach*); 2º) o motivo da prisão (*Halfgrund*)”.<sup>7</sup>

Encerramos este primeiro quadro dizendo que as cautelares de busca e apreensão e interceptação telefônica se tornaram o último respiro de sobrevivência da atividade investigativa, dado seus problemas estruturais que contribuem para a não solução da autoria dos crimes, estes em aumento progressivo. A garantia do juiz natural é aplicável à identificação do magistrado competente para deferir a medida de urgência. Não há desrespeito ao indivíduo investigado quando a concessão da medida vem amparada em decisão comunicativa e transparente e, por assim sê-lo, fundamentada, ainda que apenas, posteriormente, (em uma segunda fase, a processual) possa ser contraditada (contraditório diferido). O julgador que concedeu a medida cautelar, primeiro tomou conhecimento sobre o fato e, certamente, já está cunhado da amplitude para futura condução da ação penal de forma mais eficaz e justa.

### **3. A competência prevista no artigo 70, do CPP e a prevenção**

Em processo penal, hodiernamente, nada é construído sem os alicerces do direito constitucional. Ou melhor, qualquer ramo do direito somente tem existência, hoje, de forma constitucionalizada. Portanto, a *fortiori*, em se tratando do direito penal e do direito processual por meio dos quais podemos atingir um dos bens mais caros do indivíduo, qual seja, sua liberdade de ir e vir.

*É inquestionável que ao poder jurisdicional incumbe assegurar o cumprimento das normas constitucionais, mantendo sempre o curso do poder estatal em direção à proteção da dignidade humana. [...] Na justiça penal, os princípios constitucionais avultam em importância, porque têm como objetivo a proteção do direito de liberdade do indivíduo. [...] Para o processo penal, a existência de princípios constitucionais específicos demonstra que a importância do processo supera o fato do mesmo ser também um instrumento de aplicação do direito penal material. É instrumento de realização de justiça, em um*

---

<sup>6</sup> FERRAZ, Tércio Sampaio Júnior. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 89.

<sup>7</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual – comentários à Lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 37.

*contexto de legalidade e garantia ao respeito dos direitos constitucionais daquele a quem se impute a infração penal.*<sup>8</sup>

Prestigia o postulado da dignidade da pessoa humana, bem como o princípio do devido processo legal, saber, o acusado, de antemão, desde a fase administrativa inquisitiva (o limiar do inquérito policial), quem é o juiz destinado, por lei, a decidir.

*A garantia do juiz natural aparece tradicionalmente ligada ao processo penal, ou melhor, a definição do juiz competente para o processo penal condenatório. Resta saber se esta mesma garantia deve ser aplicada ao juiz que atua durante a fase de investigação preliminar, seja ela realizada por meio de inquérito policial, ou por outro instrumento. [...] O ordenamento não pode se comportar de forma diversa, com relação à imparcialidade, conforme se trate de ato jurisdicional a ser praticado na fase de investigação ou durante o processo. [...] O juiz que atua durante a investigação preliminar é um juiz como todo e qualquer juiz. Tem as mesmas prerrogativas, iguais garantias e se submete a idênticas vedações constitucionais e impedimentos legais. [...] Também no inquérito ou qualquer outra forma de investigação preliminar há o direito ao juiz natural e, conseqüentemente, de que os atos jurisdicionais eventualmente praticados sejam emanados de juiz competente. O juiz que decreta medidas cautelares no curso do inquérito policial deve ser um juiz predeterminado por lei.*<sup>9</sup>

De outra banda, se as regras sobre competência já estão postas, como compartilhar a modificação pela prevenção com o princípio do devido processo legal? De forma embrionária, respondemos: entendendo o postulado do devido processo legal como garantia do indivíduo frente ao Estado, a fim de admitir que o representante deste mesmo Estado em matéria jurisdicional (o magistrado, Estado-juiz), seu futuro julgador (com análise profunda do mérito – sentença condenatória ou absolutória) deva ser escolhido, primeiramente, por lei, como sendo aquele que mais conhecimento possui sobre o fato.

Não sem razão, o juiz preventivo é aquele que se antecipou aos demais, que veio primeiro, ou seja, que já conhece (correndo o risco de dizer) mais do que outros o fato e, portanto, que este conhecimento aprofundado já lhe torna competente (ao menos se comparado aos demais, igual e tecnicamente competentes) para apreciar a causa (para julgar o fato atribuído ao suspeito, indiciado, réu e sentenciado). O que este juiz antecipa em relação aos outros é o conhecimento fático.

“Prevenir tem o sentido de vir antes, antecipar, chegar antes, ou seja, entre dois juízes igualmente competentes para o julgamento de determinada demanda, um deles, de algum modo, antecipou-se ao outro, tornando-se ele o competente.”<sup>10</sup>

<sup>8</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. Igualdade na persecução criminal: investigação e produção de provas nos limites constitucionais. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Processo penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 470.

<sup>9</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2014. p. 236-237.

<sup>10</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 178.

“O vocábulo *prevenção* vem do latim (anteceder). Prevenção é antecedência. Juízo preventivo, nos termos do artigo 83, do CPP, é o que antecede outros na prática de algum ato referente a uma infração penal, ainda que anterior ao início da ação penal”.<sup>11</sup>

O que contempla o raciocínio segundo o qual o juiz competente para processar o inicial suspeito é aquele que decretou a busca e apreensão, ainda que em comarca diversa da do local do crime onde, posteriormente, tenha ocorrido a prisão em flagrante, é justamente a circunstância de ele ter tomado conhecimento primeiro sobre a situação fática posta a exame judicial e concluído que havia indícios suficientes da prática de um crime pelo primordial averiguado. Além disso, a decisão que concede a busca e apreensão deve ser motivada. Logo, o raciocínio positivo do juiz, v.g., no sentido de que existiam elementos capazes de restringir a liberdade e autorizar o ingresso de policiais no domicílio do indivíduo, o torna competente (prevento) para analisar o mérito, caso venha a se originar a ação penal.

Registre-se que o entendimento pela existência da fundada suspeita que leva a autorizar a busca e apreensão a ser exarada em decisão judicial atrai a análise dos demais pleitos.

Sobre a construção dos elementos que culminam com a autorização para o procedimento policial de busca e apreensão, tem-se:

*El acto debe estar munido de suficientes recaudos para no afectar la libertad individual. Procede ante la fundada sospecha de que en un lugar determinado se encuentra el objeto o la persona cuyo secuestro o captura es requerida para el proceso. La sospecha debe surgir de indicios suficientes que lo hagan presumir. En todos esto está el límite que debe imponer el tribunal. La resolución debe ser fundada en las constancias de autos, con expresión del motivo que justifica la medida. Lo común es que el registro se practique durante la investigación instructoria, pero es procedente también en el plenario y durante el debate oral.*<sup>12</sup>

Veja-se que, em ação penal promovida para a apuração de crime de tráfico e associação para o tráfico de drogas precedida de pedido cautelar de interceptação telefônica, a Corte Bandeirante afastou o critério da territorialidade (local de apreensão do entorpecente) e apontou, como competente, o juízo que concedeu a cautelar de interceptação telefônica. Fundamentou-se que a investigação teve início com a remessa de informações relacionadas com o desenvolvimento de atividades criminosas pela organização mencionada e que o juízo competente foi o que deferiu as interceptações telefônicas que culminaram com a prisão em flagrante do indiciado. Esclareceu-se que, ainda

<sup>11</sup> NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao Código de Processo Penal e aos dispositivos correlatos de toda a legislação especial inclusive o Código de Processo Penal Militar*. São Paulo: Edipro, 2002. v. I, p. 1011.

<sup>12</sup> CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Derecho Procesal Penal*. Atualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2008. t. II, p. 389-390. (O ato deve estar fundamentado em suficientes elementos para não afetar a liberdade individual. Precede antes da fundada suspeita de que, em um determinado lugar, se encontra o objeto ou a pessoa cujo sequestro ou captura são requeridos antes da formação do processo. A suspeita deve surgir de indícios suficientes que não podem ser presumidos. Para todas estas situações deve existir um limite a ser imposto pelo tribunal. A solução deve estar fundamentada na concretude dos autos, com externação do motivo que justifica a medida. É comum que as medidas restritivas ocorram durante a investigação, mas é possível que também incidam durante a instrução - tradução livre).

que, em regra, a competência deva ser fixada pelo local da infração (CPP, artigo 70), há de se considerar o caráter permanente do crime de tráfico e associação para o tráfico de drogas. Desta feita, certo de que o suposto ilícito se desenvolveu em diversas comarcas, a competência deve ser fixada pelo critério da prevenção (CPP, artigo 83). Logo, ante a existência de pedido cautelar de interceptação telefônica anterior à denúncia, bem assim o fato de que a prisão em flagrante do investigado se deu em consequência do provimento cautelar deferido pelo juízo diverso do local em que ocorreu a prisão, é dele a competência para conhecer e julgar a ação penal em exame.<sup>13</sup>

Também já se decidiu que é preventivo o juiz que primeiro tomou conhecimento dos fatos, ao deferir pedido de mandado de busca e apreensão formulado pelo Ministério Público, de acordo com o artigo 83 do CPP.<sup>14</sup>

Não se ignore, contudo, decisões com entendimento diverso do acima explanado. A título ilustrativo, cumpre conferir os fundamentos do julgado relativo ao processo em que o juízo deferiu mandados de busca e apreensão para apurar furto em sua comarca e em comarca diversa. Acontece que diversos bens subtraídos foram encontrados em locais pertencentes a juízo diferente. Entre os bens localizados, existiam aqueles roubados de uma determinada vítima, cujo local do crime era distinto daquele onde atuava o juízo que concedeu a cautelar. Neste caso, o Tribunal entendeu que, embora o juízo que deferiu a cautelar tivesse tido participação ativa no persecutório policial, uma vez que determinou o cumprimento do mandado de busca e apreensão, não se tornaria, automaticamente, competente para apreciar o crime consumado em comarca distinta. Acrescentou-se que não se poderia cogitar da regra da prevenção, nos termos do artigo 83 do CPP, justamente em virtude da autonomia dos delitos apurados.

Observe-se que a conclusão exarada no julgado acima mencionado não é tão díspare dos parâmetros judiciais que concluem pela competência por prevenção. Na realidade, o que se pode assentar é que, se a finalidade que influenciou o juízo para entender pela necessidade de deferimento da cautelar de busca e apreensão ou interceptação telefônica, v.g., foi aquela atingida quando do cumprimento da medida cautelar, ele será o competente, pela prevenção, de acordo com o artigo 83 do CPP. Contudo, se durante o cumprimento da cautelar verificar-se a ocorrência de delito diverso, com contornos totalmente alheios àqueles parâmetros que convenceram o juízo que inicialmente tomou contato com as diligências policiais, incidirá o regramento indicado no artigo 70 do CPP, isto é, o juiz competente para apreciar o feito é o do local em que ocorreu a infração penal.

É imperioso ter como norte que a autoridade que decretou a medida cautelar (em especial, por serem as mais frequentes na rotina de trabalho do juiz criminal, a busca e apreensão e/ou a interceptação telefônica) será a competente para apreciar o mérito da nascente ação penal e, conseqüentemente, para presidir todo o feito. Contudo, a jurisprudência já excepcionou os casos em que a finalidade do mandado de busca e apreensão era diversa e acabou por gerar o descobrimento de outros delitos contra os quais não havia nem sequer notícia de sua ocorrência durante a fase investigativa.

Nesta quadra, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, ao examinar conflito negativo de competência, já sedimentou que:

<sup>13</sup> TJ/SP, Conflito de Jurisdição nº 0170087-72.2012.8.26.0000, Relator: Camargo Aranha Filho, data do julgamento: 04/02/2013.

<sup>14</sup> TJ/SP, Conflito de Jurisdição nº 0243258-62.2012.8.26.0000, Relator: Camargo Aranha Filho, data do julgamento: 04/02/2013.

*Trata-se de Conflito Negativo de Competência estabelecido entre o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal e dos Delitos de Trânsito da Circunscrição Judiciária de Samambaia/DF, suscitante, e os Juízos de Direito da 2ª. Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais de Brasília/DF e da Vara de Valparaíso de Goiás/GO, ambos suscitados. Depreende-se dos autos que a Polícia do Distrito Federal deflagrou operação policial objetivando dismantelar quadrilha especializada em roubos e furtos de veículos automotores no Distrito Federal posteriormente trocados por drogas com traficantes do Estado do Paraná para serem novamente distribuídas na Capital Federal. 3. Durante as investigações, foram autorizadas interceptações telefônicas e medidas de busca e apreensão pelo Juízo da 2ª. Vara Criminal e dos Delitos de Trânsito da Circunscrição Judiciária de Samambaia/DF. Durante o cumprimento desta última na residência de uma das componentes da quadrilha, situada em Valparaíso/GO, foram apreendidas as drogas que alicerçaram a materialidade do auto de prisão em flagrante. [...]*

1. No caso concreto, a competência para o processamento e julgamento da Ação Penal pelo crime de tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes, pelo qual foram denunciados os acusados é do local onde foi efetuado o flagrante e o auto de prisão. 2. Não há que se falar em prevenção se o Juiz que autorizou a medida de busca e apreensão em Inquérito que apurava inicialmente crimes de roubo/furto de veículos automotores e formação de quadrilha é absolutamente incompetente, segundo as regras de organização judiciária, para apurar delitos de tráfico, ausente indícios de conexão ou mesmo denúncia pelos crimes originalmente investigados.<sup>15</sup>

Já a Corte Constitucional excluiu a competência do juízo que concedeu a cautelar, contudo, exarando a ausência de nexo de causalidade entre a medida acautelatória de busca e apreensão e o resultado da diligência, obtido por outros meios. Enfatize-se que, no julgado a seguir colacionado, a prisão de um dos acusados ocorreu, exclusivamente, porque houve indicação de corrêu, não tendo, portanto, causa direta no cumprimento de mandado de busca e apreensão. Esclareceu-se, também, que em se tratando de crime permanente, é dispensável a medida cautelar em voga, não havendo qualquer violação ao domicílio, quando da prisão em flagrante do autor daquele assim surpreendido. Esta segunda conclusão, como vimos anteriormente, é questionável no âmbito doutrinário. É imperioso, contudo, externar, primeiramente, os pontos significativos das lições emanadas pela Corte Suprema neste talante:

*[...] II – Não há falar em incompetência do Juízo que determinou os mandados de busca e apreensão ante a ausência do nexo de causalidade entre as armas encontradas e os mandados de busca e apreensão ora impugnados. III – É orientação desta Corte ser dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar as medidas sem que se fale em ilicitude das provas obtidas. Precedente. É que, embora a Polícia*

<sup>15</sup> STJ, Conflito de Competência nº 107.281 – DF (2009/0143417-4), Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Órgão Julgador: S3 – Terceira Seção, data do julgamento: 28/10/2009.

*Federal tenha saído para cumprir os mandados de busca e apreensão expedidos pelo Juízo da Vara do Júri e das Execuções Criminais da Comarca de Ribeirão Preto/SP, é certo que as armas não se encontravam em nenhum dos imóveis referidos nos mandados. Os autos dão conta de que elas foram localizadas pela indicação de um corréu, que se encontrava em uma dessas residências. Como bem afirmou a Subprocuradora Cláudia Sampaio Marques, não há, portanto, “o nexo de causalidade entre a prova obtida quando da realização do flagrante e os mandados de busca e apreensão ora impugnados”. Ressalto, por fim, que o acórdão ora impugnado não merece reparo no ponto em que destaca ser “dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar as medidas sem que se fale em ilicitude das provas obtidas”.<sup>16</sup>*

Mitigando a regra da competência territorial, embora trazendo a visão da problemática penal europeia, Bernd Schünemann alerta que apenas considerar como juízo competente aquele onde o crime ocorreu (local do crime – prática da conduta) pode não ser suficiente quando se tem, para apreciação, os chamados crimes transnacionais. Neste aspecto, o juiz chamado a atuar deve ser aquele do local em que a investigação pode ser conduzida de forma rápida e eficaz. Contudo, não se defende a escolha, pela Autoridade Policial, do julgador que, por conhecimento prévio de suas decisões, tenha maiores chances de lhe deferir o pedido de medida cautelar restritiva de direitos. Deve existir o mínimo liame entre o juízo indicado para a cautelar e a prática de diversos crimes, sob pena de infração ao princípio do juiz natural e, por via transversa, se acabar, de forma ilegítima, no Estado Democrático de Direito, por permitir que a Autoridade Policial escolha, de acordo com seus interesses na facilidade da investigação, o julgador que lhe interesse. De outra banda, uma escolha baseada apenas no lugar do crime, para o desenvolvimento das investigações em delitos com diversas ramificações, pode culminar com o não esclarecimento da autoria e não comprovação da materialidade, de forma a tornar a futura prestação da atividade jurisdicional ineficiente.

*No caso de crimes transnacionais, com suas numerosas conexões que normalmente justificariam o exercício da jurisdição nacional, uma regulação inflexível não seria sequer conceitualmente possível na maioria dos casos. Uma escolha baseada em um só aspecto (e.g. o lugar onde o ato foi praticado) sempre traria consigo o risco de processos serem conduzidos por um estado no qual se verifica um nexo mais ou menos circunstancial com o total da “arquitetura criminal”. Isto frequentemente tornaria impossível uma investigação concentrada e proceduralmente eficiente, o que interessa a todos os envolvidos. Especialmente no caso de crimes nos quais a conduta é praticada longe do lugar onde o dano se perfaz, este critério pode parecer inadequado e, do ponto de vista da economia processual, categoricamente inútil, particularmente quando a violação do bem jurídico pretendida pelo arguido ocorre em outro estado. Deixando de lado o fato de que a necessidade de prevenção é maior onde a violação do bem jurídico se efetua, o lugar onde a conduta é praticada pode,*

<sup>16</sup> STF, RHC 121419/SP, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, data do julgamento: 02/09/2014.

*em uma Europa que é caracterizada pela liberdade de circulação, frequentemente ser o resultado do puro acaso, como ocorrerá, por exemplo, se alguém postar uma carta fraudulenta em algum lugar durante uma viagem por diversos estados-membros. A necessidade de flexibilidade não nasce simplesmente de considerações de rapidez, mas também de considerações de justiça material, já que o objetivo de apurar a verdade pode ser melhor alcançado naquela jurisdição, por exemplo, onde a maior parte da prova está localizada e na qual, conseqüentemente, os passos investigativos podem ser conduzidos de forma rápida e bem-sucedida.<sup>17</sup>*

Por tudo o que foi explanado até o presente momento, seria certo apostar que o juiz que deferir a cautelar será o competente para apreciar o mérito e, conseqüentemente, o único a ter, para si, atreladas todas as demais questões processuais. Construído este raciocínio, vamos desconstruí-lo! Como tudo em direito: Depende. Na hipótese de comunicação da prisão em flagrante, passem, ousamos dizer que “todo juiz ‘pode’ se tornar competente para ser comunicado”. Vejamos.

O artigo 5º, inciso LXII, da CF e o artigo 306, *caput*, do CPP impõem a comunicação da prisão ao juiz competente. Mas e se a comunicação da prisão for direcionada ao juiz incompetente? O que fazer? Encaminhar, o julgador, ao juiz competente? E o tempo deste trâmite procedimental? Autoriza-se a perpetuação da prisão em flagrante, ainda que por “curto” espaço de tempo, mas, evidentemente, já superior a 24 horas?

Temos a seguinte problemática: o juiz que foi comunicado da prisão em flagrante é diverso do magistrado que concedeu a cautelar de busca e apreensão, em razão da qual se originou a citada prisão cautelar do autor do crime. Qual a postura legítima a ser adotada por este magistrado “incompetente e comunicado”? Parece-nos que, diante dessa hipótese (ponto nevrálgico deste nosso estudo), haverá a desconstrução de todo o pensamento anterior. É o que nos espera no tópico seguinte, se a leitura já não estiver exaustiva!

#### 4. O direito à liberdade

No Estado Democrático de Direito, o ser humano não é objeto de investigação. Esta simples, e ao mesmo tempo complexa, constatação espraia inúmeros reflexos. Ora, se assim o é, a investigação deve ser freada se e quando o juiz constatar abuso do agente estatal, obviamente, com violação aos direitos fundamentais.

Se é classificada como abuso, a conduta investigativa não encontra respaldo, nem na ponderação de direitos, e muito menos na fundamentação de que tal ato é permitido porque “não existe direito absoluto”.

Aliás, já se começa a pensar que existe um direito universal absoluto, qual seja, a vedação à prática de tortura. Aqueles que ainda questionam a assertiva de que há um (até porque o único admitido pela doutrina) direito absoluto (a vedação a práticas que infligem sofrimento ao ser humano), por acreditaram no dogma tão disseminado em di-

<sup>17</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marciel Pons, 2013. p. 278.

reito – o de que não existe nenhum direito absoluto –, permanecerão, no mínimo, em ambiente de dúvida, quando se depararem com narrativas tais como a seguir exposta.

*No pau-de-arara penduraram Zezinho, que estava na PE por conta de crimes militares. Ailton explicou – enquanto os soldados demonstravam – que essa modalidade de tortura ganhava eficácia quando associada a golpes de palmatória ou aplicações de choques elétricos, cuja intensidade aumenta se a pessoa está molhada. Começa a fazer efeito quando o preso já não consegue manter o pescoço firme e imóvel. Quando o pescoço dobra, é que o preso está sofrendo, ensinou o tenente-professor. O Exército brasileiro tinha aprendido a torturar.<sup>18</sup>*

Diante da constatação da prática de tortura, inegável a conclusão de que sua vedação deve ser considerada como direito absoluto.

É rudimentar a constatação de que o juiz incompetente, que recebeu a comunicação do auto de prisão em flagrante e que também é cientificado da notícia da fundada suspeita da prática de tortura contra o autuado pelos agentes estatais, v.g., ou da figura do flagrante forjado, torna-se “competente” para apreciação da legitimidade da prisão em flagrante do suspeito, isto em virtude da provável ocorrência do abuso do direito por parte dos agentes do Estado (suspeita da prática do crime de abuso de autoridade). Em síntese, o juiz incompetente porque não concedera a cautelar de busca e apreensão (decisão esta de outro magistrado), torna-se competente para apreciar uma exclusiva questão: a relacionada à liberdade do indivíduo autuado em flagrante delito pela autoridade policial. Não é sem razão que já se disse que quanto mais respeito houver pela liberdade individual, mais contorno democrático terá o sistema jurídico em foco.

“Pode-se constatar que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática”.<sup>19</sup>

Isto implica em dizer que o juiz não é um chancelador da conduta praticada pela Autoridade Policial, mas, sim, um garantidor dos direitos individuais e propiciador de um tratamento digno ao indivíduo, desde sua qualificação como investigado. É por este fundamento que se afirma que, mesmo o juiz incompetente, quer porque o crime não foi cometido no local em que exerce parcela do seu poder jurisdicional (competência prevista no artigo 70, do CPP), quer porque não foi ele quem concedera a cautelar de busca e apreensão (regra da prevenção, nos termos do artigo 83 do CPP), tem o dever de, ao tomar contato com o auto de prisão em flagrante, analisá-lo sob a ótica da liberdade do indivíduo.

Com isto não se quer dizer que é dever do juiz, automaticamente e sem reflexão, relaxar a prisão em flagrante ou conceder ao autuado uma das medidas cautelares, executando a prisão preventiva, por óbvio. O que se pretende assentar é a regra segundo a qual, uma vez clamado a apreciar o auto de prisão em flagrante (ainda que seja para converter a prisão em flagrante em preventiva), isto é, toda vez que o juiz se deparar com

<sup>18</sup> GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada – as ilusões armadas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 362.

<sup>19</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 152, p. 10-111, p. 152.

a temática liberdade versus prisão provisória, no âmbito do procedimento administrativo inquisitivo policial, muito embora esteja convencido de que não será o juiz competente para conduzir o vindouro processo-crime, estará obrigado a decidir. No corpo da decisão que, v.g., relaxa a prisão em flagrante por vício existente, concede a liberdade provisória ou, ainda, converte a prisão em flagrante em preventiva, também irá exarar sua convicção sobre a competência, determinando-se, se o caso, a remessa do expediente ao juízo que entender ser o competente. Remessa esta que apenas poderá ocorrer, pela serventia, após o cumprimento dos atos emanados da deliberação judicial sobre a temática “prisão e liberdade”. Esclarecendo: se o juiz converteu a prisão em flagrante em preventiva, a serventia deverá expedir o mandado de prisão correlato e proceder à expedição das comunicações e ofícios de praxe e, apenas após dado cumprimento a este tocante, é que encaminhará o expediente ao juízo competente, tal como determinado pelo julgador. Da mesma forma, se o juiz excepcionou sua competência, contudo, debruçando-se sobre o teor do auto de prisão em flagrante, concluiu pela concessão da liberdade provisória ao autuado, deverá ser expedido, imediatamente, o alvará de soltura clausulado e, tão somente em seguida e após exauridas as comunicações necessárias, proceder-se-á ao encaminhamento do feito ao juiz competente. Somente agindo dessa maneira, o julgador estará efetivamente dispensando ao indivíduo, ainda investigado/indiciado, o tratamento correlato à sua condição de sujeito de direitos e não de objeto da investigação. É por estas e outras que, antes de tudo, “o juiz é um apaixonado pela justiça”. E se esta, de um lado, é um conceito abstrato, de outro, encontra seu caminho de concretização nos direitos e garantias assegurados ao indivíduo em um sistema acusatório.

*O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. Também conduz a uma maior tranquilidade social, pois evitam-se eventuais abusos da prepotência estatal que se podem manifestar na figura do juiz “apaixonado” pelo resultado de seu labor investigativo e que, ao sentenciar, olvida-se dos princípios básicos de justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação.<sup>20</sup>*

Ao revés, se o juiz, verificando não ser o competente para prestar a atividade jurisdicional, exara decisão apenas declinando seu ofício, sem apreciar a necessidade de continuação da restrição do direito à liberdade imposta pela prisão em flagrante, sob a justificativa formal de cumprimento da lei (em especial respeito à sua interpretação acerca das regras processuais de competência), estará cometendo, no mínimo, um equívoco por desrespeito à própria lei processual, e mais do que isto, à Constituição Federal, fazendo, por via de consequência, tábua rasa do princípio da dignidade da pessoa humana.

Até porque não se exige do magistrado uma interpretação literal, mas, sim, sistemática. Esta lhe permite analisar, criticamente, a doutrina e a jurisprudência, com

<sup>20</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 152, p. 10-111, p. 155.

tal amplitude que um pensamento sobre determinado tema que se constituiu em tese vencida, em outras épocas, pode se tornar vencedora.

*A finalidade da interpretação sistemática é avaliar criticamente as respostas dadas pela jurisprudência e pela doutrina em relação ao problema. A atividade interpretativa não se esgota na descrição de normas de competência nem na indexação de interpretações dadas e/ou geralmente admitidas. As normas jurídicas precedem ontologicamente a autoridade competente que deve aplicá-las. São cronologicamente anteriores e axiologicamente superiores a ela e podem ser utilizadas para fins de avaliação crítica das decisões tomadas.<sup>21</sup>*

Por isso, nós, senhores juízes, não interpretemos literalmente as regras de competência, mas as pensemos como garantias do indivíduo destinatário da justiça.

É por isto que se diz que o direito não pode considerar apenas as fórmulas abstratas, mas, sim, a busca de soluções concretas.

*A superioridade do pensamento jurídico sobre o pensamento filosófico está em que, ao contrário deste que pode contentar-se com fórmulas gerais e abstratas, o direito é obrigado a considerar a solução das dificuldades que surgem quando se trata de aplicar essas fórmulas gerais à solução de problemas particulares. [...] A busca das soluções concretas obrigará muitas vezes a reinterpretar os princípios, a opor o espírito à letra da lei, o ponto de vista pragmático, que leva em consideração as consequências resultantes da aplicação de uma regra, ao ponto de vista formalista, o da aplicação literal do texto.<sup>22</sup>*

Ademais, depois da reforma processual penal advinda pela Lei nº 12.403/2011, a prisão em flagrante passou a ter duração efêmera, ou seja, o prazo exíguo de 24 horas. Em outras palavras, o fundamento de estar o indivíduo em situação de flagrante (identificação de uma das hipóteses previstas no artigo 302, do CPP), que autoriza a prisão de caráter administrativo inquisitivo, conforme preceitua o artigo 5º, inciso LXI da CF, apenas admite que ela perdure pelo prazo de 24 horas (artigo 306 § 1º c.c. artigo 310, ambos do CPP). Transcorrido esse prazo legal, se não houver pronunciamento judicial sobre a manutenção da prisão, ainda que com alteração do seu fundamento (deixa de ser restrição da liberdade por justificativa do flagrante delito e passa a ser cárcere provisório por existência de um dos requisitos da prisão cautelar na modalidade preventiva (artigo 312, do CPP) ou concessão de medidas cautelares outras (artigo 319, do CPP), mesmo que sob a ótica de que o juiz para o qual foram remetidos os autos de prisão em flagrante era o juiz incompetente para conduzir o processo-crime futuro, o magistrado que declinar da competência, pura e simplesmente, sem análise do confronto liberdade *versus* prisão, no mínimo, não estará atuando de forma a prestigiar os direitos e garantias constitucionais e, mais do que isto, poderemos dizer, que não estará concretizando o ideal de justiça.

<sup>21</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 240.

<sup>22</sup> PERELMAN, Châim. *Lógica jurídica: a nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 163.

Com tal pensamento não se pretende atribuir a determinado magistrado função jurisdicional que não lhe foi dispensada como medida da jurisdição (repartição desta – competência em matéria penal), mas, sim, apenas deixar um alerta no sentido de que: – acima da lei processual penal, está a Constituição Federal; – a sociedade vivencia, hoje, uma ordem universal, pois, não sem razão, o conceito clássico de soberania foi alterado; – o sistema democrático vigente impõe que o indivíduo seja tido como sujeito de direitos.

Fala-se em processo penal democrático com significado de respeito, pelo Estado-juíz, às “regras do jogo”.

*Na teoria processual penal, os efeitos da falácia politicista são revelados nas violações da forma processual, isto é, às regras do jogo que representam as garantias dos acusados. [...] Com a verificação de que o pressuposto processual penal democrático é a sistematização desde o sistema acusatório, as regras processuais relativas à investigação, aos pressupostos e às condições da ação, à competência, à produção e à refutabilidade das provas, ao procedimento, aos requisitos e aos elementos da sentença penal, aos critérios para recorribilidade e à forma de execução constituem-se como barreiras de contenção do transbordar punitivo.<sup>23</sup>*

E desde o âmbito investigativo até o momento da execução da pena, o juiz é garantidor das “regras do jogo” e assim o faz quando exerce sua atividade jurisdicional.

Sobre a função no sentido de atividade, cumpre trazer a lume o entendimento do seu desempenhar como um conjunto de atos produzidos para um fim. E, contextualizando, não se pode olvidar que o fim do processo penal é a busca do conhecimento da autoria e da materialidade de um crime, contudo, não sem medida.

*A função no sentido de actividade pode definir-se como um complexo ordenado de actos (interdependentes ou aparentemente independentes uns em relação aos outros), destinados à prossecução de um fim ou de vários fins conexos, por forma própria. Consiste na actividade que o Estado desenvolve, mediante os seus órgãos e agentes, com vista à realização das tarefas e incumbências que, constitucional ou legalmente, lhes cabem.<sup>24</sup>*

De outra banda, registre-se que, com a atuação do magistrado (sobre a temática análise da liberdade do indivíduo preso em flagrante), da forma proposta na fase inicial, anterior ao processo-crime, por via transversa, não haverá que se falar em usurpação da competência do juiz natural. Até porque, ainda que o julgador, inicialmente incompetente, conceda, ao indiciado, uma das medidas cautelares diversas da prisão, e, em um segundo momento, o juiz competente, ao qual foi remetido, final e corretamente, o

---

<sup>23</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 167.

<sup>24</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1997. t. V, p. 11. (t. V: Actividade constitucional do Estado).

expediente, conclua que era o caso de decretação da prisão preventiva desde o limiar das investigações, assim poderá fazê-lo, diante da autorização prevista no artigo 316, do CPP.

Enfatize-se, outrossim, que o julgador não pode apenas pensar e repensar o sistema (como ordenamento jurídico existente) no sentido de redução a um conjunto de normas. Isto porque, o sistema é de direito, que não é preexistente ao homem (não foi descoberto por ele), mas, sim, criado (inventado) por ele. É por isso que se diz que o direito serve ao ser humano, em concretização à sua existência digna.

Se houver um desequilíbrio do sistema (e um dos fatores propiciadores deste desequilíbrio é a manutenção da prisão do indivíduo, no mínimo, desnecessariamente – porque o juiz cientificado da prisão, sobre ela, não se pronunciou, já que entendeu ser incompetente, de acordo com regras processuais existentes), o “massacre” à dignidade do indivíduo pode ser irremediável (“letal”).

*O sistema penal é um massacre em potencial, que contém também elementos que impedem seu desenvolvimento, só que sua natureza é instável e, como consequência, um desequilíbrio de origem interna (entre suas agências) ou externo (do ambiente), pode colocar suas agências executivas fora de controle ou permitir que outras, mais agressivas, assumam sua função, provocando o efeito letal. Por isso, o sistema penal é sempre um aparato perigoso, cujo funcionamento deve ser atentamente vigiado.<sup>25</sup>*

O direito penal serve ao homem e jamais este será servidor daquele.

*O fato de um grupo limitado de normas que regulam o mesmo objeto se apresentar como sistema é quase uma obviedade; mas não é, ao contrário, óbvio o fato de todo o direito ser organizado em um único sistema e, uma vez realizada a organização, se esquecer de que esse sistema foi inventado – e não descoberto – pelo estudioso. O qual acaba por acreditar que o sistema esteja no direito positivo.<sup>26</sup>*

Por isso, ousamos admitir que, entre correr o risco de manter, por tempo superior ao previsto em lei e sem motivação (desrespeito ao artigo 93, inciso IX do CF), um indivíduo preso em flagrante (estendendo-se, sem autorização legal, o prazo de 24 horas que pode durar a prisão por tal fundamento), simplesmente por se convencer, o juiz para o qual foi encaminhado, inicialmente, o expediente (auto de prisão em flagrante), ser incompetente, e exarar uma decisão inicial versando sobre a apreciação da temática “prisão contra liberdade” com encaminhamento do feito, *a posteriori*, ao julgador ao qual ao final foi sedimentado como competente (muitas vezes pelo Tribunal de Justiça apenas com o advento de v. acórdão em sede de conflito negativo de competência), cremos que a instituição do Estado Democrático de Direito e o modelo acusatório

<sup>25</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos* – conferências de criminologia cautelar. Coordenação de Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 462. (Coleção Saberes Críticos).

<sup>26</sup> LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v. 1, p. 423. (v.1: Das origens à escola histórica).

constitucionalizado atual do processo penal já delimitaram os contornos para se concluir qual foi a opção do constituinte, e até mesmo do legislador, após o advento das alterações do CPP ocorridas pela Lei 12.403/2011, isto é, a opção por apreciar a liberdade antes de quaisquer outros questionamentos sobre regras, ainda que seja a relacionada à competência. Em outras palavras, no conflito entre o periclitamento, injustificável, do direito à liberdade e o direito ao juiz natural, com a técnica da ponderação (não se aniquilando nenhum dos dois, mas sempre com a mitigação de um deles em prol do outro) prevalecerá a liberdade.

Se a prisão cautelar não é antecipação da pena, e a aplicação desta somente pode ser dar ao final do processo, durante o qual foram assegurados o contraditório e a ampla defesa, a análise sobre a manutenção da cautelaridade da prisão pode ocorrer ainda que por juiz diverso daquele competente que, ao final, aplicará a reprimenda ao infrator.

*No puede entonces ser considerada la prisión preventiva un anticipo de pena, sino un instrumento procesal a fin de evitar el daño jurídico que podría representar la libertad del imputado – considerado el estado natural del mismo durante las investigaciones y el proceso – para la reconstrucción genuína del acontecimiento histórico con apariencia delictiva y la disponibilidad oportuna del imputado al momento de tener que aplicar la ley penal.<sup>27</sup>*

Existem, portanto, dois momentos extremamente diferenciados no que diz respeito à apreciação da liberdade do indivíduo.

E a maior falha que pode existir do julgador reside na apreciação ou postergação acerca do direito à liberdade do indivíduo, o que tem alta probabilidade de ocorrer em uma sociedade marcada pelo medo que passa a vislumbrar soluções repressivas acirradas e acaba por aceitar, ainda que de forma não expressa e longínqua, violações aos direitos individuais.

“Em certo momento histórico, altas taxas de criminalidade se tornaram um fato social normal, as soluções penais-previdenciárias caíram em desgraça e o Estado de justiça criminal moderno foi percebido como tendo falhado em prover níveis adequados de segurança”.<sup>28</sup>

Para que a falha estatal e a insegurança não se instalem como subversão da ordem jurídica posta, o juiz criminal do sistema acusatório constitucional vigente, quando se depara com a necessidade de fazer cessar, no mínimo, a imotivada e desnecessária restrição da liberdade imposta pelo cárcere provisório, deverá (e por dever constitucional se torna competente) a ele restaurar o direito à liberdade.

<sup>27</sup> DÍAZ, Carlos A. Chiara. *Las medidas de coerción y la inconstitucionalidad de la prisión preventiva*. Rosario: Nova Tesis, 2007. p. 302. (Não se pode, então, a fim de se considerar a prisão preventiva uma antecipação da pena, e não um instrumento processual a fim de evitar um dano jurídico que poderia representar a liberdade do acusado – considerado o estado natural dele mesmo durante as investigações e o processo - para a reconstrução genuína do acontecimento histórico com aparência de delito e a disponibilidade oportuna do acusado no momento que se tiver que aplicar a lei penal. – tradução livre)

<sup>28</sup> GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia e Revan, 2008. p. 312. (Coleção Pensamento Criminológico, v. 16).

## 5. A imperiosa análise do auto de prisão em flagrante

Não podemos esquecer que a prisão em flagrante também se constitui em uma medida cautelar processual penal.

Conforme Paulo Rangel, “a natureza jurídica da prisão em flagrante é de uma medida cautelar de autodefesa social”.<sup>29</sup>

*A polícia, em diversos países, deixou de lado a boa e velha investigação, em que os policiais elucidavam os crimes como se fossem um “jogo de quebra-cabeça”, juntado todas as peças até encontrar os autores das infrações penais. Hoje, a investigação, basicamente, resume-se a escutas telefônicas, muitas delas ilegais, levadas a efeito sem autorização da autoridade judiciária. Ou seja, mais uma vez, o Estado, que tem o dever de zelar pela dignidade de todas as pessoas, transforma-se em seu maior algoz. Esses são somente alguns poucos exemplos de como o Estado pode ser considerado como um dos maiores agressores do princípio da dignidade da pessoa humana.*<sup>30</sup>

Portanto, se as medidas cautelares, tais como a busca e apreensão e a interceptação telefônica se tornaram, no mais das vezes, o único fôlego para a elucidação da autoria e materialidade de crimes dotados de extrema gravidade, o Estado passa a ter um duplo papel: prestar a tutela jurisdicional de forma eficaz, impedindo que a vítima fique sem resposta diante do delito que sofrera, e assegurar, também, o respeito à dignidade da pessoa humana indistintamente (e por ser de forma indistinta, também em prol do suspeito/acusado/sentenciado/executado).

*Pode-se dizer; sem nenhum medo de errar, que a investigação criminal no Brasil encontra-se totalmente desestruturada e ineficiente em todos os tipos de crimes. As razões são diversas e vão desde a falta de meios estruturais para se apurar um delito até a impossibilidade legal de se alicerçar dados relevantes e necessários à investigação. A falta de meios estruturais incide tanto no aspecto humano quanto no material e jurídico. É de conhecimento notório o fato de o contingente de nossas polícias ser insuficiente. Mas não é apenas isso. Além do pessoal ser diminuto, inexistente um treinamento investigativo apropriado aos que terão esta responsabilidade. Logo, os peritos criminais e investigadores das diversas polícias não estão familiarizados com as mais modernas técnicas de investigação existentes, impossibilitando seu trabalho profícuo.*<sup>31</sup>

A falta de familiarização com as novas técnicas de investigação e, ao mesmo tempo, o evoluir da sociedade tecnológica informativa de consumo com a criminalidade organi-

<sup>29</sup> RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 772.

<sup>30</sup> GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 106.

<sup>31</sup> ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *Só é preso quem quer – bastidores do sistema de punição seletiva*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 50.

zada, em ramificações e estrutura empresarial, exige uma postura do julgador de olhares atentos ao impedimento de condutas dos agentes estatais consistentes em violação aos direitos fundamentais, bem como uma atividade jurisdicional motivada com identificação de hipótese legal permissiva para a concretização da atividade investigativa.

*No entanto, não é tarefa das mais fáceis saber quando estaremos diante de uma ofensa à dignidade da pessoa humana, mesmo contra a vontade expressa daquele a quem se pretende defender, e quando estaremos, em virtude dessa ponderação de interesses, diante de um direito legítimo da pessoa, mesmo que, segundo a opinião de terceiros, seja ofensivo à sua dignidade. Diante do caso concreto, temos de emitir um juízo de valor, procurando alcançar a solução que pareça mais justa, embora até o próprio conceito de Justiça seja um conceito relativo, também merecedor de outro juízo de valor.<sup>32</sup>*

Creemos que, somente diante do caso em concreto, com o desempenho rotineiro da atividade jurisdicional criminal, o julgador poderá encontrar a solução que espelha a Justiça. Como instrumento para o homem e pelo homem criado, o julgador tem ao seu dispor o mais importante elemento: A Lei dos Homens (o processo penal delineado pela Constituição Federal).

“Recorremos a fantasias, na filosofia política, para aguçar ideais, e utilizamos nossos ideais para escolher dentre fracassos, para identificar as possibilidades práticas menos injustificáveis”.<sup>33</sup>

Já para encontrar a possibilidade em direito penal menos injustificável, o juiz deve se voltar para a interpretação sistemática.

*É chegado o momento de mudar a vetusta tradição brasileira da sacralização do texto normativo como suposto veiculador prévio de todas as soluções de litígios (ideia que remonta ao Estado Liberal) para encará-lo como importantíssimo ponto de partida da atividade de formulação normativa. Assumida esta perspectiva, cabe ao Judiciário brasileiro um papel de interpretação compromissada da Constituição e das leis a elas sujeitas, de forma a viabilizar a plena implementação do Estado Democrático de Direito desejado pelo Constituinte de 1988.<sup>34</sup>*

O compromisso primeiro do juiz é com o homem, seus valores sociais, a continuidade da vida digna em sociedade e a luta pelo aparato legal eficaz para punir aquele que pretende incitar o colapso da ordem jurídica por meio da prática de crimes.

Diante desse quadro, é claro que não se pode desprezar os avanços do processo penal (tecnologia a favor da prestação jurisdicional – videoconferência, – provas inominadas como fundamento da sentença, após amplo debate na fase instrutória permeada,

<sup>32</sup> GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 108.

<sup>33</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 221.

<sup>34</sup> COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *Interpretação conforme a Constituição – decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2007. p. 50.

de forma aprofundada, pelo contraditório e ampla defesa), entretanto, a motivação, não somente da sentença, mas (se me permitem) do próprio juiz no desempenho da sua atividade, deve ser uma “luta cotidiana”.

*Gostaria de acrescentar: hoje compreendemos que esse “progresso para a civilização” não é uma conquista, mas uma permanente luta cotidiana. Combate jamais totalmente vitorioso, que muito provavelmente não alcançará sua meta, mas que continua a ser encorajado pela esperança de vencer.<sup>35</sup>*

O vencedor não é o cumpridor irrefletido da lei formal, não é o catalogador da jurisprudência, mas, sim, o representante do Estado-juiz, que, ao interpretar a Constituição Federal, mostra sua “atitude”. E juntamente com este “vencedor” estará o ser humano e toda a sociedade. Basta entendermos, de uma vez por todas, que direito não se resume à lei.

*O que é o direito? O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras e princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. [...] É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam ter sempre a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.<sup>36</sup>*

Que tenham, então, os juízes “a última palavra” e sejam aptos a traduzirem a “atitude construtiva do direito”. Que sejam, os julgadores, imbuídos da coragem para, mesmo quando as regras processuais contornarem sua “incompetência formal”, prolatarem a decisão legal, justa, toda vez que estiverem diante do contraponto prisão *versus* liberdade.

<sup>35</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 73.

<sup>36</sup> DWORKIN, Ronald. *O império da lei*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 492.

## 6. Considerações finais

Por todo o explanado, é possível alicerçar que a dignidade da pessoa humana somente é vivenciada no Estado Democrático de Direito.

O processo penal hodierno é espriado pelos princípios e garantias constitucionais.

Se o juiz é clamado a se pronunciar, após a ruptura de inércia estatal da jurisdição, pela Autoridade Policial (ainda na fase investigativa inquisitiva administrativa), ao prolatar a decisão sobre a concessão de medidas cautelares restritivas de direitos, tais como a busca e apreensão e a interceptação telefônica, deverá fazê-lo de forma motivada.

A motivação exige que o julgador se aprofunde sobre os indícios de autoria, a prova da materialidade e, acima de tudo, essencialmente, sobre os caminhos trilhados pela necessária e legítima investigação para o conhecimento do fato.

O princípio do juiz natural propicia a imparcialidade do magistrado e incide até mesmo na fase investigativa.

Em razão do conhecimento sobre o fato, adquirido pelo juiz que primeiro dele tomou conhecimento na fase investigativa, é que ele se tornará competente para conduzir a futura ação penal, a fase instrutória e a prolação da sentença. (artigo 83 do CPP – critério da prevenção).

O juiz que concedeu a cautelar de busca e apreensão é o competente para apreciar o feito, não obstante a regra do artigo 70, do CPP, se a finalidade para a qual foi expedido o mandado de busca e apreensão tornou frutífera a diligência e gerou, v.g., a prisão em flagrante do inicial suspeito.

Mesmo que o auto de prisão em flagrante tenha sido encaminhado ao juiz do local em que a prisão ocorreu (critério territorial – artigo 70 do CPP) e já exista outro julgador que concedeu, previamente, a cautelar de busca e apreensão e/ou interceptação telefônica, que culminou com a prisão (artigo 83, do CPP), o primeiro magistrado deverá se pronunciar sobre a conversão da prisão em flagrante em preventiva ou conceder medidas cautelares outras (como a liberdade provisória, por exemplo) ao indiciado, sem prejuízo de sua ressalva quanto ao juiz competente e, ainda, sem prejuízo da remessa do expediente ao outro magistrado (juiz competente prevento), após cumpridas, pela serventia, as determinações referentes ao binômio prisão versus liberdade.

Pelo fato de o fundamento da prisão em flagrante durar apenas 24 horas e por ser a liberdade um dos direitos mais caros do indivíduo, não se permite, ao juiz criminal ao qual foi encaminhado, ainda que equivocadamente (por entender ser outro o magistrado competente por lei) a comunicação do flagrante, simplesmente declinar de sua competência, sem exarar decisão fundamentada sobre a manutenção da prisão cautelar (contudo, alterando seu fundamento para a prisão preventiva - conversão do flagrante em preventiva).

Não se compactua, diante do avanço da democracia garantista, com a interpretação literal e o cumprimento da lei às cegas. Do juiz criminal, exige-se a concretização dos direitos fundamentais, a condução do processo penal com aprofundamento do contraditório e da ampla defesa, com o enfoque na dignidade da pessoa humana, contudo, sem perder o norte, paralelo, de sua função de decidir para garantir a ordem pública e prestar a atividade jurisdicional de forma efetiva (sentença penal condenatória ou absoluta, em tempo razoável e como resposta de quem nutre esperança na concretização

da Justiça – individualmente falando: a vítima - mas também a sociedade como um todo (já que a prática de um crime atinge aos seres humanos de forma global).

Na temática aqui pensada, a atitude construtiva primeira que se exige do juiz criminal é a sua sempre presente, célere, razoável e ponderada decisão, quando clamado a se pronunciar sobre o binômio prisão *versus* liberdade. O que vier a posteriori, como o próprio significado denota, é posterior!

## Referências

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *Só é preso quem quer* – bastidores do sistema de punição seletiva. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual: comentários à Lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Derecho procesal penal*. Atualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2008. t. II.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *Interpretação conforme a Constituição, decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2007.

DÍAZ, Carlos A. Chiara. *Las medidas de coerción y la inconstitucionalidad de la prisión preventiva*. Rosario: Nova Tesis, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DWORKIN, Ronald. *O império da lei*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERRAZ, Tércio Sampaio Júnior. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Revan, 2008. (Coleção Pensamento Criminológico, v. 16).

GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada – as ilusões armadas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008. (v.1: Das origens à escola histórica).

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. t. V. (t. V: Actividade constitucional do Estado).

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao Código de Processo Penal e aos dispositivos correlatos de toda a legislação especial inclusive o Código de Processo Penal Militar*. São Paulo: Edipro, 2002.

PERELMAN, Chäim. *Lógica jurídica: a nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcil Pons, 2013.

SILVA, Marco Antonio Marques da. Igualdade na persecução criminal: investigação e produção de provas nos limites constitucionais. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Processo penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

VALOIS, Luís Carlos. O direito à prova violado nos processos de tráfico de entorpecentes. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos – conferências de criminologia cautelar*. Coordenação de Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 462. (Coleção Saberes Críticos).

### Sites consultados

[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)

[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)