

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JOÃO PEDRO DA SILVA CAVALCANTI

**PODER DE REQUISIÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA, LIMITES FACE A CLÁUSULA
DE RESERVA DE JURISDIÇÃO.**

NATAL/RN

2022

JOÃO PEDRO DA SILVA CAVALCANTI

**PODER DE REQUISIÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA, LIMITES FACE A CLÁUSULA
DE RESERVA DE JURISDIÇÃO.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Paulo Roberto Dantas de Souza Leão

NATAL/RN

2022

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A monografia intitulada “PODER DE REQUISIÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA,
LIMITES FACE A CLÁUSULA DE RESERVA DE JURISDIÇÃO”, de autoria do
graduando JOÃO PEDRO DA SILVA CAVALCANTI, foi avaliada pela seguinte banca
examinadora:**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Paulo Roberto Dantas de Souza Leão

Prof. Ivan Lira de Carvalho

Prof. Dr. Vladimir da Rocha França

NATAL/RN, de 2022

AGRADECIMENTOS

A Deus em primeiro lugar.

A minha família que tanto me apoiou durante esta caminhada, sacrificando-se dia após dia para que o peso do caminhar fosse atenuado.

Ao meu amigo Magson pela presteza, apoio material e acadêmico, certamente estou onde estou devido suas contribuições.

Ademais, agradeço ao Professor Paulo Leão, pela oportunidade, e orientação no decorrer do trabalho, bem como por ter despertado meu interesse pelo Direito Processual Penal.

RESUMO

Esta monografia abarca a utilização do Poder Requisitório do Delegado de Polícia como ferramenta essencial para o deslinde das investigações criminais, bem como toda a problemática que o envolve, seja no contexto jurídico e doutrinário. Nesse sentido, partindo de uma análise do art.6ª do Código de Processo Penal, foi possível estabelecer eventuais limites ao exercício da referida prerrogativa, além de um estudo dos artigos da legislação extravagante que, igualmente, atestam a existência do Poder Requisitório. De maneira análoga, a ausência de um conjunto normativo que estabeleça os critérios e balizas de uma investigação criminal, provocou a necessidade de um estudo acerca de seu alcance, de acordo com as devidas formalidades, com objetivo de determinar que as provas obtidas sejam íntegras, e para que os direitos fundamentais do réu sejam integralmente garantidos neste processo. Portanto, pretende-se demonstrar a imprescindibilidade ou não do controle jurisdicional dos procedimentos investigativos, notadamente pelo estudo dos artigos 13-A e 13-B do Código de Processo Penal, como forma de assegurar o respeito às normas e princípios que regem a produção de provas durante a investigação criminal.

Palavras-chaves: Poder Requisitório. Cláusula de Reserva de Jurisdição. Investigação Criminal. Direito de não produzir provas contra si mesmo

ABSTRACT

This monograph covers the use of the Requisitioning Power of the Chief of Police as an essential tool for the delineation of criminal investigations, as well as all the problems that involve it, in a legal and doctrinal context. In this sense, the foreseen art can also be limited to the exercise of retromention of a study of the powers of the extravagant legislation that, equally, the existence of the Requisitioning. In the absence of a set of objectives and benchmarks for a criminal investigation, regarding the need for a study of its scope, carried out with caution, and in accordance with the due formalities, with the determination to understand that as all processes are guaranteed, and so that fundamental rights are minimally guaranteed. Therefore, it is intended to demonstrate the indispensability or not of judicial control of investigative procedures, notably through the study of articles 13-A and 13-B of the Criminal Process Code, as a way of ensuring respect for the norms and principles that govern the production of evidence during a criminal investigation.

Keywords: Requisitioning Power. Jurisdiction Reservation Clause. Investigação Criminal Investigation. Right to not produce evidence against oneself.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. CAPÍTULO I	10
1.1 A Investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia	10
1.2. Poder Requisitório e autonomia funcional da autoridade policial durante o curso da investigação preliminar.....	15
1.3. Análise dos art.13-A e art.13-B do Código de Processo Penal, como meios específicos de investigação.	21
3. CAPÍTULO II	28
2.1. A Cláusula de Reserva de Jurisdição.....	28
2.3. Reflexos dos direitos fundamentais na produção de provas durante o Inquérito Policial.....	32
2.4. Limites à atividade probatória do Delegado de Polícia durante a investigação.....	37
4. CAPÍTULO III	42
3.1. Realização de medidas investigativas sem autorização judicial.	42
3.2. Análise dos entendimentos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça quanto a legalidade das medidas investigativas.	50
5. CONCLUSÃO	57
6. REFERÊNCIAS	59

1. INTRODUÇÃO

A Lei n. 13.344/2016 incluiu os artigos. 13-A e 13-B no Código de Processo Penal, com vistas à implantação de meios específicos de investigação, para a apuração de alguns crimes específicos, tais artigos refletem em parte o chamado Poder de requisição do Delegado de Polícia, o qual consiste em na possibilidade da Autoridade Policial adotar todas as providências que se fizerem necessárias à coleta das provas, para a elucidação dos fatos em apuração, podendo assim requisitar a particulares, a agentes públicos.

Faz-se mister dizer que a metodologia aqui utilizada se debruça sobre fontes doutrinárias, jurisprudenciais e, principalmente, legislativas.

Os objetivos gerais deste trabalho consistem em demonstrar, a partir das mudanças legislativas e os entendimentos jurisprudências, que apresentam a possibilidade de na investigação criminal, o Delegado de Polícia efetivar medidas independente de decisão judicial autorizativa, não esbarra na cláusula de reserva de jurisdição, tão pouco na ofensa aos direitos fundamentais dos investigados.

Já os objetivos específicos concentram-se em entender o poder de requisição do Delegado de Polícia quando concretamente exercido, o qual torna as investigações mais eficazes, atingindo seu fim de apurar os fatos e circunstâncias do evento criminoso, permitindo a autoridade policial maior liberdade investigativa. Igualmente, no entanto, estabelecer que tais atividades possuem limitações, a exemplo da fiscalização exercida pelo próprio Ministério Público, além das restrições na cláusula de reserva de jurisdição, as quais convivem de modo harmônico com o curso de uma investigação criminal.

As principais dúvidas são: Qual o fundamento jurídico do Poder de Requisição? Quais os seus limites? Qual sua importância para atividade investigativa? Qual seu limite face a cláusula de reserva de jurisdição? Como a Jurisprudência entende a legalidade das medidas investigativas?

Inicialmente, o primeiro capítulo buscou explicar que a condução de uma investigação policial, por uma autoridade policial, imparcial e não sujeita a intervenções externas, constituem na verdade, verdadeiras garantias ao cidadão, sendo uma aplicação

prática dos paradigmas garantistas em sede policial, pois conforme a ótica garantista explorada, sua atuação tem amparo constitucional. Bem como, a partir de uma análise dos art.13-A e art.13-B do Código de Processo Penal, delimitou-se o Poder Requisitório do Delegado de Polícia.

Dessa forma, o segundo capítulo expõe a chamada cláusula de reserva de jurisdição, qual seja, a necessidade de prévio pronunciamento judicial quando for necessária a adoção de medidas que possam irradiar efeitos sobre as garantias individuais, está presente no curso das investigações, isso porque, é durante tal procedimento que tais garantias são flexibilizadas

Ato contínuo, vista essa conjuntura legal, avaliar-se-á, ainda no capítulo supracitado a função do Poder Judiciário durante o curso de uma investigação criminal, a qual poderá ir além da simples atuação face a observância da Cláusula de reserva de jurisdição.

Já no terceiro capítulo, será estudado as possibilidades de ações investigativas serem adotadas independentemente de autorização judicial, o que poderia dizer que tais medidas são na verdade reflexos indiretos do poder requisitório exercido pela autoridade policial, a qual, não requisita diretamente de instituições públicas, mas age no exercício de suas prerrogativas funcionais, sem que haja nesse momento interferência do Poder Judiciário.

Por fim, no mesmo capítulo será avaliado a jurisprudência do STJ, a qual parece caminhar no sentido de prescindibilidade de autorização judicial quando as diligências forem necessárias ao deslinde do feito, sendo consequência da atividade policial, ou seja, a investigação policial quando originada de informações obtidas por setores de inteligência ou mediante diligências prévias devidamente comprovadas, não há que se falar em constrangimento ilegal, mas sim em exercício regular da atividade investigativa, o que não afasta a incidência da cláusula de reserva de jurisdição quando tais diligências representarem verdadeira ofensa direta aos direitos e garantias fundamentais.

2. CAPÍTULO I

1.1 A Investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia

Praticado um delito, surge o direito de punir do Estado, tal *-ius puniendi-* para que de fato seja concretizado, se faz necessário percorrer uma série de atos processuais, administrativos, judiciais e até mesmo políticos. Diante disso, a função do Inquérito Policial se torna de um todo basilar, ou seja, é a partir deste que verifica-se as condições para o início à *-persecutio criminis-*, com o objetivo de, ao final, aplicar uma pena ao criminoso.

Nesse sentido, salienta-se que as formas de investigação podem ser subdivididas da seguinte maneira, conforme extrai-se do §2º do art.2º, da Lei nº 12.830/13, o qual estabelece que:

Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais

Ou seja, o termo referente a outras investigações previstas em lei, permite auferir a existências de Inquéritos Policiais, Inquéritos Policiais Militares, Termo Circunstanciado de Ocorrência, Procedimento de apuração de ato infracional entre outros

Conforme muito bem explica Aury Lopes Júnior¹:

Mas o inquérito não é necessariamente policial. Nesse sentido dispõe o parágrafo único do art.4º, determinando que a competência da polícia não exclui a de outras autoridades administrativas que tenham competência legal para investigar. Dessa forma, é possível que outra autoridade administrativa,-v.g, nas sindicâncias e processos administrativos contra funcionários públicos - realize a averiguação dos fatos e, com base nesses dados, seja oferecida a denúncia pelo Ministério Público. Da mesma forma, um delito praticado por um militar será objeto de um inquérito policial militar, e, ao final, concluindo a autoridade militar que o fato não é crime militar, mas sim comum, ou ainda que foram praticados crimes militares comuns, deverá remeter os autos do IPM ao Ministério Público, que poderá diretamente oferecer denúncia.

¹ LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 160

Ocorre que parte da doutrina majoritária, bem como a jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica no sentido de que o Inquérito Policial é dispensável, sendo este o entendimento do professor Renato Brasileiro², veja-se:

Se a finalidade do inquérito policial é a colheita de elementos de informação quanto à infração penal e sua autoria, é forçoso concluir que, desde que o titular da ação penal (Ministério Público ou ofendido) disponha desse substrato mínimo necessário para o oferecimento da peça acusatória, o inquérito policial será perfeitamente dispensável.

Não obstante, seja considerado pela doutrina majoritária e pela jurisprudência pacífica como plenamente dispensável para fins da instauração da ação penal, tendo inclusive o próprio Código de Processo Penal em seu artigo 12, declarado, de forma implícita, o caráter dispensável de tal procedimento, deve-se considerar que a investigação criminal é basilar em um Estado Democrático de Direito, conforme Afirma Sanini³

Não há pena sem processo, não há processo sem uma investigação criminal. Conforme veremos ao longo desta obra, em muitos casos a investigação irá demonstrar que nem sequer houve crime, cumprindo um relevante papel na seleção de fatos que devem ser submetidos ao processo.

De mais a mais, grande parte dos processos penais, atualmente, possuem como subsídio à Investigação Preliminar, isso porque, os atos investigatórios, do contrário pelo defendido pela doutrina majoritária, não são apenas meramente informativos, como também buscam estabelecer a probabilidade de ocorrência de um ilícito, de modo que salvaguarda os direitos de inocentes, os quais, durante a investigação não foram colhidos elementos mínimos de autoria.

Seguindo essa linha de raciocínio, é certo que o Delegado de Polícia possui atribuição constitucional para fins de presidência das investigações criminais, uma vez que o presente estudo é voltado para as investigações exercidas pela Polícia Judiciária,

² LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Editora JusPodivm. Salvador. 2020, p. 127

³ SANNINI, Francisco. Delegado de Polícia e o Direito Criminal: Teoria Geral do Direito de Polícia Judiciária. Editora Mizuno. 2022, p. 37

sendo que a doutrina de Francisco Sanini⁴ estabelece tal condição, como sendo o "Princípio do Delegado Natural", senão vejamos:

Com efeito, o §4º, do artigo 2º, da Lei 12.830, constitui uma garantia para o delegado de polícia, mas, sobretudo, uma garantia para a sociedade contra eventuais manipulações da fase investigatória. Tendo em vista que o dispositivo veda eventuais "trocas" no comando de investigações criminais, pode-se afirmar que consolida o "Princípio do Delegado de Polícia Natural", assim como há o "Princípio do Juiz Natural", e, como sua derivação, ao menos segundo a maioria da doutrina e da jurisprudência, o "Princípio do Promotor Natural"

Diante disso, os atos de investigação objetivam formar um juízo de probabilidade sobre a acusação, a investigação cumpre relevante papel na seleção de fatos que devem ser submetido ao judiciário

De igual maneira, FERRAJOLI⁵, alerta que

Só é possível verificar empiricamente que se cometeu um delito se, antes, uma convenção legal estabelecer com exatidão que fatos empíricos devem ser considerados como delitos

Igualmente, percebe que a investigação é uma ciência em empírica, pois se baseia na experiência e na observação da realidade dos fatos, visto que seu objeto de estudo, qual seja, a autoria e materialidade de um delito, se situa no plano da realidade, com caráter normativo e valorativo, devidamente detalhados pela autoridade policial.

Segundo explica PEREIRA E FISCHER⁶,

O dever de os Estados partes de adotar todas as providências necessárias e adequadas para a apuração dos fatos ilícitos cometidos é obrigação de meio, sempre respeitando-se (busca do equilíbrio) os direitos fundamentais dos investigados/processados (obrigações de resultado).

Com efeito, deve-se concluir que a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia é um ciência jurídica, pois apresenta função, método e objeto próprios,

⁴ SANNINI, Francisco. op, cit., p.26

⁵ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.27

⁶ PEREIRA, Frederico Valdez; Fischer, Douglas. As Obrigações Processuais Penais Positivas Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 85.

prestando-se a fornecer, a partir do método empírico, informações dotadas de validade e existência sobre o delito.

À medida que o inquérito policial é denominado como uma ciência autônoma, é certo que o Delegado de Polícia, detém autonomia e independência funcional, os quais, nas palavras de Alan Luxardo⁷, são explicados da seguinte maneira:

Antes de entrar no tema, cabe estabelecer a diferença entre autonomia e independência funcional. A primeira consiste na liberdade de exercer o ofício em face de outros órgãos e instituições do Estado. A segunda é a liberdade com que os órgãos exercem o seu ofício em face de outros órgãos da própria instituição. Isso representa que os delegados de polícia têm autonomia funcional, protegendo sua atuação contra a interferência de pessoas ou instituições de fora da Polícia, e, no que se refere à independência funcional, que têm liberdade no exercício da atuação, sem a interferência de outros órgãos ou membros da própria instituição. A autonomia e a independência funcional são princípios constitucionais implícitos nas atribuições do delegado de polícia. A interpretação dos artigos 1º, 5º LXI, LXVI, 37 e 144 da CR e o princípio da indisponibilidade do interesse público não dão outra alternativa.

Ora, a condução de uma investigação policial, por uma autoridade policial, imparcial e não sujeita a intervenções externas, constituem na verdade, verdadeiras garantias ao cidadão, sendo uma aplicação prática dos paradigmas garantistas em sede policial, pois conforme a ótica garantista explorada, sua atuação tem amparo constitucional.

Ainda sobre a independência funcional, explica Bruno Taufner Zanotti⁸:

Apesar dessa leitura constitucional, que confere com propriedade a independência funcional ao Delegado de Polícia, tal prerrogativa somente estará plenamente garantida quando à Autoridade Policial também for conferida a inamovibilidade, a vitaliciedade, salários condignos com a relevância e o risco do cargo e o foro por prerrogativa de função. Somente esse conjunto de prerrogativas será capaz de evitar as intervenções políticas no exercício de suas funções, de modo a possibilitar uma atuação imparcial da Autoridade Policial no curso do inquérito policial.

⁷ LUXARDO, Alan. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO DELEGADO DE POLÍCIA E POSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO DA TIPICIDADE, ILICITUDE E CULPABILIDADE EM SEDE POLICIAL. SINDEPOLRJ. Disponível em <<http://sindelpolrj.com.br/artigo/autonomia-e-independ-ncia-funcional-do-delegado-de-pol-cia-e-possibilidade-de-valor-o-da-tipicidade-ilicitude-e-culpabilidade-em-sede-policial-alan-luxardo>>, acesso em 12/06/2022

⁸ ZANOTTI, Bruno Taufner. Delegado de Polícia em Ação: Teoria e Prática no Estado Democrático de Direito. 7ª Ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021, p.67.

Isso tudo, para que a autoridade policial, consiga alcançar o fim precípua do Inquérito Policial, qual seja, a identificação da autoria e materialidade do delito. Não sem razão, o artigo 6º do Código de Processo Penal, estabelece que a autoridade policial deve colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias, e acerca de eventuais elementos de convicção, que são encontrados durante a investigação, ensina Guilherme de Souza Nucci⁹:

Convicção significa uma persuasão íntima, uma crença em algo, pautada em elementos que evidenciam certa probabilidade de acontecimento, uma clareza acerca dos fatos.

Isto é, a convicção da autoridade policial é fruto dos elementos de informações colhidos durante o procedimento investigativo realizado, de modo que tal elemento não pode ser de natureza complexa, pois o Inquérito Policial não possui a finalidade de obter elementos sólidos para uma condenação criminal, até porque nesta fase não há contraditório, porém busca-se estabelecer um “*standard*” de probabilidade da ocorrência do fato.

Acerca do denominado “*standard*” probatório e seus parâmetros a serem seguidos ao longo de uma persecução penal, avalia Bruno Zanotti¹⁰:

Uma visão constitucional do cargo de Delegado de Polícia impõe não só a possibilidade, mas a necessidade de se analisarem todas as questões que compõem o conceito analítico de crime (aqui, adota-se a teoria tripartite do crime, composta pelo fato típico, antijurídico e culpável) e as hipóteses de extinção da punibilidade (art. 107 do CP), a fim de demonstrar ao Ministério Público e ao Poder Judiciário que existem questões que devem ser mais bem analisadas ao longo da ação penal, caso existente

Dessa maneira, é certo concluir que o objeto do inquérito não se confunde com a pretensão punitiva do Estado exercida na denúncia, de modo que a função primordial da autoridade policial é de apenas estabelecer a probabilidade de existência de uma fato aparentemente criminoso, de modo que as demais nuances sejam discutidas no bojo de um processo penal, garantidos ampla defesa e contraditório.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 20ª Ed. São Paulo. Editora Gen Jurídico, 2017, p.167

¹⁰ ZANOTTI, Bruno Taufner e SANTOS, Cleopas Isaías. Delegado de Polícia em Ação, Teoria e Prática no Estado Democrático de Direito. Editora Juspodivm, 2021, p.110

Logo deve-se garantir ao Delegado de Polícia, verdadeira garantia de atuação, de modo que não apenas a sociedade seja destinatária, pois também tais garantias funcionam como defesa contra arbitrariedades, mas também o próprio poder público deve ter ciência dessa atuação, pois conforme sabido a indisponibilidade do interesse público e a supremacia do mesmo face aos direitos particulares, constituem elementos basilares de um Estado Democrático de Direito

1.2. Poder Requisitório e autonomia funcional da autoridade policial durante o curso da investigação preliminar.

O Poder Requisitório está assentado de forma genérica no art.6º, III, do Código de Processo Penal, e no art.2º,§2º, da Lei nº 12.830/13, os quais, quando lidos em conjunto evocam a premissa de que, quem possui o fim, também possui os meios, pois não é crível que a atividade investigava contemplada nos referidos incisos tenham apenas concedido a função investigativa ao delegado de polícia, sem contudo, lhe conferir também os meios necessários para a consecução desta atividade.

Aliás, tal ideia remete a Teoria dos Poderes Implícitos, a qual estabelece que na hipótese da Constituição atribuir poderes a determinado órgão ou instituição, está, também, ainda que implicitamente, lhe confere os meios necessários para a execução.

É certo, que tal poder não é mera criação doutrinária, pois o “Poder requisitório” encontra total respaldo na legislação em vigor, a qual atribui clara e indubitosa autonomia no curso da investigação, a exemplo do que estabelece o art. 15 da Lei 12.850/13, veja-se:

Art. 15. O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.

Veja-se que a requisição é pautada na própria lei, e nela mesma também verifica-se limites a sua atuação, pois apenas documentos tidos por informativos podem ser requisitados, de mais a mais, pode-se entender como documentos informativos, aqueles

dados pessoais, os quais, segundo a Lei nº 13.709/18, podem ser definidos como informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável.

É válido salientar que a Suprema Corte já foi instada a decidir se o fornecimento dos dados telefônicos ou telemáticos seria inconstitucional por ferir o direito à intimidade e privacidade, pela Associação Nacional das Operadoras Celulares (Acel) no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5642, onde questionava-se o fato de fornecimento de dados telefônicos ou telemáticos de localização, da vítima ou do suspeito do delito, seria hipótese de ofensa ao direito à intimidade e privacidade da pessoa.

Embora ainda não tenha sido julgada, é certo que não há impedimentos para que a legislação infraconstitucional demande chancela judicial prévia para determinados dados, pois não existem direitos absolutos. Neste contexto, vale ressaltar o entendimento do renomado doutrinador, Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹¹:

O objeto protegido pelo inc. XII do art. 5.º da CF – ao assegurar a inviolabilidade do sigilo – não são os dados em si, mas a sua comunicação. A troca de informações (comunicação) é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação”, ou seja, o inciso XII não cuida da tutela dos dados em si (cuja proteção encontra-se abrangida pelo inciso X), mas apenas da sua comunicação.

Nesse mesmo sentido é o magistério de André de Carvalho Ramos¹²:

O art. 5º, XII, da CF/88 assegura o sigilo de correspondência e de comunicação telegráfica. Em que pese que este último tenha ficado ultrapassado pelo desenvolvimento tecnológico, o direito à privacidade do conteúdo tanto da comunicação epistolar quanto da telegráfica não é absoluto. Admite-se a restrição da privacidade para fazer prevalecer outros direitos constitucionais, aplicando-se o critério da proporcionalidade no caso concreto.

Ora, conforme será estudado, o próprio art. 13-B do Código de Processo Penal, estabelece que não será permitido o acesso ao conteúdo da comunicação de qualquer natureza de maneira arbitrária, que dependerá sempre de autorização judicial, ainda na hipótese de inércia do Poder Judiciário, onde apenas será lícito a atuação da autoridade

¹¹ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação. 11ª Ed: São Paulo. Editora Gen Jurídico, 2010, p.87

¹² RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 9ª Ed: São Paulo. Editora Saraiva Jur, 2022, p.117

policial, quando previamente provocado o Poder Judiciário, não havendo que se falar em inconstitucionalidade da requisição de dados pelos delegados de polícia.

Logo os referidos dispositivos legais conferem às autoridades policiais, poder requisitório revestido de auto executoriedade, que prescinde de autorização judicial prévia, não havendo que se falar em ofensa aos princípios de contraditório (art. 5º, LV, CRFB) e do devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB), pois tal prerrogativa estabelece relação jurídico-processual, particularmente no campo da produção de provas, que enseja não apenas a celeridade das investigações, como também protege o núcleo dos direitos fundamentais, pois existe um claro limite de atuação.

E é nisso que se fundamenta o poder requisitório do, o qual, segundo NUCCI¹³

É a exigência para realização de algo, fundamentada em lei. Assim, não deve confundir requisição com ordem, pois nem o representante do Ministério Público, nem tampouco o juiz, são superiores hierárquicos do delegado, motivo pelo qual não lhe podem dar ordens.

A vista de tudo isso, o Enunciado 14, do II Encontro Nacional de Delegados de Polícia sobre Aperfeiçoamento da Democracia e Direitos Humanos, passou a estabelecer que

O poder requisitório do delegado de polícia, que abrange informações, documento e dados que interessem a investigação policial, não esbarra em cláusula de reserva de jurisdição, sendo dever do destinatário atender a ordem no prazo fixado, sob pena de responsabilização criminal

Dessa maneira, o poder requisitório também tem como consequência de seu exercício a possibilidade de aplicar sanções àqueles que descumprem as ordens da autoridade policial, como é o caso do delito previsto no Art. 21, da Lei de Organização Criminosa, o qual estabelece a seguinte conduta delitiva, apenada com pena de reclusão, veja-se:

Art. 21. Recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo

¹³ NUCCI, op. cit., p.118.

Portanto, o arcabouço normativo destrinchado, leva a conclusão de que a autoridade policial no exercício de seu poder requisitório pode exigir determinadas condutas de outros sujeitos e entes públicos, a fim de que a investigação criminal, por este conduzida tenha êxito, não esbarrando no exercício do Poder Judiciário de fiscalizar suas atividades, notadamente quanto à restrição de direitos fundamentais.

Aliás, o poder requisitório encontra-se dentro da discricionariedade da autoridade policial, pois conforme ensina a doutrina de Fernanda Bestetti Vasconcellos e Rodrigo Ghiringhelli Azevedo¹⁴, o Delegado de Polícia possui certa liberdade para determinar o curso das investigações, senão vejamos:

Há um limite de atuação do delegado que agirá conforme sua conveniência e oportunidade. O art. 6º do Código de Processo Penal, além de apresentar diligências, não retira a discricionariedade do delegado. Diante do exposto o delegado não pode indeferir qualquer diligência, pois há exceção. Não é função do delegado de polícia indeferir a realização do exame de corpo de delito, posto que o ordenamento jurídico proíbe tal prática. Além disso, o Ministério Público e o Juiz podem realizar requisição de diligências no processo penal, sem suavizar a discricionariedade do delegado, haja vista que tal requisição é uma imposição legal

Dessa maneira, também pode-se concluir que a condução do inquérito policial, conferido em graus de exclusividade, autonomia e discricionariedade, não apenas impede que outros órgãos manifestem opiniões acerca da condução das investigações, mas permite que a fase investigatória da persecução penal, ocorra conforme o juízo de oportunidade e conveniência do delegado de polícia.

Neste mesmo sentido, explica Renato Brasileiro¹⁵:

Discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei. Se a autoridade policial ultrapassa esses limites, sua atuação passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei. Logo, não se permite à autoridade policial a adoção de diligências investigatórias contrárias à Constituição Federal e à legislação infraconstitucional. Portanto, quando o art. 2º, § 2º, da Lei nº 12.830/13, dispõe que cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos, não se pode perder de vista que certas diligências investigatórias

¹⁴ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti. O inquérito policial em questão – situação atual e a percepção dos delegados de polícia sobre as fragilidades do modelo Brasileiro de investigação criminal. Revista Sociedade e Estado, vol. 26 nº 1 Brasília Jan/ Abr. 2011. Disponível em:< http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922011000100004>. Acesso em 16 de julho de 2022.

¹⁵ BRASILEIRO, op. cit., p.287.

demandam prévia autorização judicial, sujeitas que estão à denominada cláusula de reserva de jurisdição (v.g., prisão temporária, mandado de busca domiciliar). Assim, apesar de o delegado de polícia ter discricionariedade para avaliar a necessidade de interceptação telefônica, não poderá fazê-lo sem autorização judicial. Nos mesmos moldes, por ocasião do interrogatório policial do investigado, deverá adverti-lo quanto ao direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII).

Desse modo, nota-se que o Poder Requisitório, para longe de ser uma arbitrariedade da autoridade policial, ou uma afronta ao direito dos investigados, é uma ferramenta eficaz no combate ao crime, notadamente quando as investigações versarem sobre tráfico de pessoas, o qual, conforme verá a seguir é uma condição de existência do ato.

Neste mesmo sentido, ensina Eugênio Pacelli¹⁶, acerca da liberdade investigativa do Delegado de Polícia:

Se a intenção nem era essa, para lá de dispensável a norma, dado que o Delegado sempre teve e sempre deverá ter a liberdade de convencimento para adotar essa ou aquela linha de investigação

Pois bem, estabelecido o conceito de requisição, válido salientar que a Lei nº 13.431/17, ao estabelecer novo sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, a fim de garantir a proteção integral desse grupo vulnerável, prescreveu em seu artigo 21, a possibilidade do Delegado de Polícia requisitar determinadas medidas de proteção, veja-se:

Art. 21. Constatado que a criança ou o adolescente está em risco, a autoridade policial requisitará à autoridade judicial responsável, em qualquer momento dos procedimentos de investigação e responsabilização dos suspeitos, as medidas de proteção pertinentes, entre as quais:

I - evitar o contato direto da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência com o suposto autor da violência;

II - solicitar o afastamento cautelar do investigado da residência ou local de convivência, em se tratando de pessoa que tenha contato com a criança ou o adolescente;

III - requerer a prisão preventiva do investigado, quando houver suficientes indícios de ameaça à criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência;

IV - solicitar aos órgãos socioassistenciais a inclusão da vítima e de sua família nos atendimentos a que têm direito;

V - requerer a inclusão da criança ou do adolescente em programa de proteção a vítimas ou testemunhas ameaçadas; e

¹⁶ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 25ª Ed. São Paulo: Editora Gen Jurídico, 2021, p.370

VI - representar ao Ministério Público para que proponha ação cautelar de antecipação de prova, resguardados os pressupostos legais e as garantias previstas no art. 5º desta Lei, sempre que a demora possa causar prejuízo ao desenvolvimento da criança ou do adolescente.

Ora, constatado o *periculum in mora*, consistente na probabilidade real de um dano irreparável a criança e adolescente, o legislador passou a estabelecer a possibilidade de concessão de medidas de proteção pelo próprio Delegado de Polícia, o qual requisitará a implementação destas, mediante autorização judicial, de modo que a autoridade judicial deverá deferir tal pleito, se constatado a veracidade dos fatos, por intermédio de um juízo sumário.

Entretanto, embora exista uma atecnia do legislador em determinar que a requisição de medidas seja feita por intermédio de representação do Delegado de Polícia a autoridade judicial, é certo que a legislação em questão tratou da possibilidade de efetivação de medidas, independente de autorização judicial, conforme afirmar Luciano Rossato e Paulo Lépure¹⁷:

Apesar da previsão de solicitação judicial para a decretação das medidas, nem todas dependerão de chancela judicial, por decorrência de interpretação sistemática da própria Lei 13.431/17 e também da Lei 9.087/99, do ECA e da Lei 8.742/93. São medidas em benefício da criança ou do adolescente que independem de autorização judicial: a) evitar o contato direto com o suposto autor da violência (medida que pode e deve ser decretada de ofício pelo delegado por imposição do artigo 9º da Lei 13.431/17); b) inclusão em programa de proteção a vítimas ou testemunhas ameaçadas (providência que pode e deve ser solicitada diretamente pelo delegado ao órgão executor, conforme artigo 5º, III da Lei 9.807/99); c) inclusão da vítima e de sua família nos atendimentos a que têm direito perante aos órgãos socioassistenciais (alternativa que pode e deve ser pleiteada diretamente pelo delegado ao Conselho Tutelar segundo artigo 101, IV do ECA ou ao órgão assistencial municipal conforme artigos 15, V, e 23, parágrafo 2º, I da Lei 8.742/93). São medidas protetivas que dependem de ordem judicial: d) afastamento cautelar do investigado da residência ou local de convivência, em se tratando de pessoa que tenha contato com a criança ou o adolescente; e) prisão preventiva do suspeito (se preenchidos os requisitos do artigo 312 do CPP e nas hipóteses do artigo 313 desse diploma legal); f) produção antecipada de prova por meio do depoimento especial (representação que pode ser direcionada diretamente ao Judiciário — e não necessariamente por intermédio do Ministério Público — inclusive porque nas situações envolvendo criança menor de sete anos ou em situação de violência sexual essa providência será obrigatória — artigo 11, parágrafo 1º).

¹⁷ SILVA, Lilian Ponchio; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPURE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. Pedofilia e abuso sexual de crianças e adolescentes. São Paulo: Saraiva, 2014, p.130

Em sentido contrário advoga, José Murilo Digiácomo¹⁸:

Destaque-se que a redação do dispositivo ora em comento possui uma impropriedade técnica, haja vista que, em verdade, a autoridade policial “representa” (diga-se requer) à autoridade judicial sejam as medidas determinadas, e não as “requisita” (o que, acaba sugerindo a ideia de “ordem”, que não cabe àquela impor a esta.

Ocorre que, a lei, ao autorizar o Delegado de Polícia requisitar medidas de proteção, não induz a possibilidade da autoridade judicial agir de maneira indiscriminada, pois, novamente, os limites a tal requisição estão previstos na própria lei, de modo que o Juiz ao analisar o pleito deverá atentar-se para as hipóteses de concessão previstas na legislação, até porque em um estado democrático de direito, necessário se faz a conjugação de atos das mais diversas autoridades públicas .

Aliás, a ideia do Poder Requisitório, conferido à autoridade policial por lei em determinadas situações, tem como razão de ser a criação de um instrumento eficiente e eficaz de salvaguarda de direitos, quando estes encontram-se a em situações excepcionais, de risco eminente de um dano real e provável, de modo que a requisição, além de desburocratizar uma situação, estabelece que o mais importante é a urgência do caso, a qual demanda rápida atuação do poder público, a fim de apaziguar a situação.

Por fim, pela análise dos supramencionados artigos e com fulcro da discricionariedade do Delegado de Polícia, pode-se afirmar que o Poder Requisitório além de ser fundamentado no princípio do delegado natural, igualmente, também encontra respaldo no juízo de oportunidade e conveniência do delegado de polícia.

1.3. Análise dos art.13-A e art.13-B do Código de Processo Penal, como meios específicos de investigação.

Como se sabe, a investigação criminal foi outorgada à Polícia Civil e à Polícia Federal. Assim, é de incumbência da Polícia investigativa a condução do inquérito policial, bem como a realização de diligências e providências capazes de elucidar o caso a ser esclarecido.

¹⁸ DIGIÁCOMO, José Murilo e DIGIÁCOMO, Eduardo. Comentários à Lei nº 13.431/2017. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente e da Educação do Ministério Público do Estado do Paraná. 2018, p.72

Para conduzir o inquérito policial com maestria, o legislador conferiu ao Delegado de Polícia diversos instrumentos capazes de possibilitar que a investigação seja feita da maneira mais completa possível.

Desta forma, conclui-se que o Delegado, no exercício de suas legítimas funções, deve ser dotado de poderes necessários para o cumprimento de sua atividade-fim. Na visão de Henrique Hoffman¹⁹:

O Delegado de Polícia pode desempenhar suas funções através do poder geral de polícia e do poder requisitório, vejamos: “O poder geral de polícia, hospedado no artigo 6º, III do CPP, permite à autoridade policial colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias. Dessa cláusula geral emana não apenas o poder requisitório, mas inclusive o poder de condução coercitiva de pessoas sem mandado judicial ou estado de flagrância, conforme entendimento das cortes superiores. Outrossim, ganha especial relevo o poder requisitório do delegado de polícia, que não surgiu recentemente. Como mencionado, deriva do próprio CPP, embutido no rol exemplificativo de diligências discricionárias. Mais recentemente, tal poder geral de requisição, abrangendo a possibilidade de exigir perícias e informações diversas, foi reafirmado pela Lei de Investigação Criminal (artigo 2º, parágrafo 2º da Lei 12.830/13)”

Nesse sentido, as medidas dos artigos 13-A e 13-B do Código de Processo Penal merecem destaque, quando se estuda o poder requisitório do Delegado de Polícia, sendo tais artigos, transcritos em sua íntegra para fins de melhor compreensão:

Art. 13-A. Nos crimes previstos nos arts. 148, 149 e 149-A, no § 3º do art. 158 e no art. 159 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e no art. 239 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderá requisitar, de quaisquer órgãos do poder público ou de empresas da iniciativa privada, dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos.

Parágrafo único. A requisição, que será atendida no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, conterá:

- I - o nome da autoridade requisitante;
- II - o número do inquérito policial; e
- III - a identificação da unidade de polícia judiciária responsável pela investigação.

Art. 13-B. Se necessário à prevenção e à repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, o membro do Ministério Público ou o

¹⁹ CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Missão da Polícia Judiciária é buscar a verdade e garantir direitos fundamentais. Revista Consultor Jurídico, jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-14/academia-policia-missao-policia-judiciaria-buscar-verdade-garantir-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 14 agosto de 2022.

delegado de polícia poderão requisitar, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, sinal significa posicionamento da estação de cobertura, setorização e intensidade de radiofrequência.

§ 2º Na hipótese de que trata o caput, o sinal:

I - não permitirá acesso ao conteúdo da comunicação de qualquer natureza, que dependerá de autorização judicial, conforme disposto em lei; II - deverá ser fornecido pela prestadora de telefonia móvel celular por período não superior a 30 (trinta) dias, renovável por uma única vez, por igual período;

III - para períodos superiores àquele de que trata o inciso II, será necessária a apresentação de ordem judicial.

§ 3º Na hipótese prevista neste artigo, o inquérito policial deverá ser instaurado no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas, contado do registro da respectiva ocorrência policial.

§ 4º Não havendo manifestação judicial no prazo de 12 (doze) horas, a autoridade competente requisitará às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso, com imediata comunicação ao juiz.

Os referidos artigos elucidam duas possibilidades de atuação do Delegado de Polícia, sendo a primeira, de requisitar dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos para a investigação dos crimes de Sequestro e cárcere privado (art. 148), Redução a condição análoga à de escravo (art. 149), de Tráfico de Pessoas (art. 149-A), Extorsão com restrição da liberdade da vítima (art. 159, §3º) e Extorsão mediante sequestro (art. 159), todos tipificados no Código Penal, bem como do crime de Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro (art. 239 do ECA).

A segunda possibilidade, destinada especialmente à prevenção e à repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas compreende a requisição dos dados telefônicos, incluindo, dentre outros, o posicionamento da estação de cobertura, setorização e intensidade de radiofrequência. A medida poderá durar por período não superior a 30 (trinta) dias, renovável por uma única vez, por igual período, embora a própria lei, excepcione a duração da medida para período superior àquele mediante ordem judicial.

Em que pese a grande divergência doutrinária, o entendimento é de que o Delegado de Polícia, em determinadas situações, pode ter acesso a dados cadastrais. Frise-se que não há que se falar em requisição de dados bancários e fiscais, busca e apreensão ou interceptação telefônica. Ora, tais medidas estão abarcadas pela cláusula de reserva de jurisdição e, portanto, não podem ser realizadas de forma direta.

Assim, não há violação aos direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal (intimidade, vida privada, comunicações telefônicas etc.)

Seguindo essa linha de raciocínio, e o quanto previsto no art. 13-B, §2º, inciso I, do Código de Processo Penal, o legislador menciona expressamente que a medida não permite acesso ao teor/conteúdo das comunicações. Na visão de Aury Lopes Jr²⁰:

A primeira alteração introduzida é o poder de requisição, atribuído à autoridade policial e ao Ministério Público, para obter de quaisquer órgãos do poder público ou empresas privadas dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos da prática de crimes anteriormente referidos. Trata-se de uma ampliação do poder investigatório desses órgãos, não submetido mais à reserva de jurisdição.

É uma disposição similar àquela contida nos arts. 15 a 17 da Lei n. 12.850/2013, destinada à investigação de organizações criminosas, em que o legislador também permitiu o acesso a dados cadastrais diretamente pela autoridade policial ou Ministério Público, independentemente de autorização judicial.

Na mesma linha segue, Eugênio Pacelli²¹, ao discorrer sobre o artigo 13-B, menciona que:

Ainda que nos pareça inusitado considerar o silêncio do juízo como uma forma de autorização tácita, a regra nada tem de ilegal. Isso porque, as informações requeridas se referem exclusivamente à localização física das vítimas ou suspeitos, não importando em invasão ao conteúdo das comunicações envolvidas. Ainda que se possa considerar que os dados prestados ofendem, em certa intensidade, a intimidade dos sujeitos em questão, há de se levar em conta que estamos falando de crimes gravíssimos (equiparados aos hediondos, nos termos e condições do art. 12 da Lei 13.344/16 – para fins de livramento condicional), ligados à privação de liberdade das vítimas. Uma ponderação rasa já aponta a prevalência do interesse investigativo, no caso. Mais ainda: a legislação foi cuidadosa o suficiente para mesmo assim exigir autorização judicial, autorizando a ordem

²⁰ LOPES JR, op. cit., p.288.

²¹ PACELLI, op. cit., p.343.

direta apenas para o caso de omissão do juízo – perfeitamente explicável ao se considerar que o crime de tráfico de pessoas possui, ordinariamente, caráter transnacional, daí a premente urgência.

Como se não bastasse, a previsão de imediata comunicação da medida ao juiz permite que eventuais abusos sejam coibidos, ainda que a posteriori.

Analisando os dois dispositivos, verificamos que ambos, de fato, refletem o poder requisitório do Delegado de Polícia, sendo o art. 13-A de uma forma ampla, vez que não exige autorização judicial para acesso dos dados.

Por sua vez, o art. 13-B, verifica-se o que se chama de cláusula de reserva de jurisdição temporária, pois, caso não haja manifestação judicial no prazo de 12 horas, as empresas de telecomunicações ou telemáticas deverão disponibilizar imediatamente os meios técnicos que permitem a localização da vítima ou dos suspeitos – ao que o juiz deve ser comunicado de imediato.

Então, percebe-se que há uma necessidade de autorização judicial, entretanto, caso o juízo não se manifeste em tempo hábil, essa autorização passa a ser desnecessária e, por isso, cláusula de reserva de jurisdição temporária.

Andou bem o legislador, sobretudo diante da urgência que geralmente órbita nas investigação sobre tais delitos, deve-se ressaltar que o fato de delegado exigir as informações, mesmo diante da ausência de uma ordem judicial, é certo que o Poder Judiciário foi provocado, e eventuais nulidades ou irregularidades podem ser arguidas em momento futuro, aliás o próprio dispositivo em análise evoca a necessidade da autoridade judiciária ser comunicada imediatamente.

Assim sendo, o referido dispositivo passou a flexibilizar uma garantia constitucional, qual seja o sigilo das comunicações telefônicas e dados telemáticos, a fim de realizar uma ponderação entre o resguardo da intimidade (cuja quebra só poderia se dar por ordem judicial) e a eficiência na investigação e prevenção de crimes (dada a urgente necessidade de acesso das autoridades aos dados), sobretudo na hipótese de localização de uma vítima em situação de perigo.

Acerca da interceptação de dados telemáticos pela autoridade policial, em caso de inércia da autoridade judicial, escreve Ana Paula Souza Caetano²²:

Demais disso, não é a primeira vez que o legislador cria mecanismos para suprir a omissão estatal, bastando lembrar da ação penal privada subsidiária da pública (art. 29 do CPP e art. 5º, LIX da CF); trata-se de mais uma ferramenta de controle de efetividade dos órgãos e Poderes.

Todavia, é perfeitamente plausível que o delegado de polícia exerça funções judiciais em situações pontuais, já que o ordenamento jurídico concede essa permissão na liberdade provisória com fiança (art. 322 do CPP), prisão em flagrante (art. 304 do CPP), condução coercitiva (arts. 201, §1º, 218, 260, 278 e 319 do CPP), ação controlada (art. 8º, §1º da Lei 12.850/13, art. 16 da Lei 13.260/16 e art. 9º da Lei 13.344/16), dentre outras hipóteses.

Destarte, quanto aos dados telefônicos e telemáticos de localização, em regra podem ser acessados pela autoridade investigativa ou pela parte acusadora sem prévia ordem judicial. Por isso, é lícita a requisição junto à operadora de telefonia, pelo delegado de polícia, de informações pretéritas das ERBs utilizadas pelo investigado.

Ainda sobre a inércia de prestação da atividade jurisdicional, ensina Eugênio Pacelli²³:

Ainda que nos pareça inusitado considerar o silêncio do juízo como uma forma de autorização tácita, a regra nada tem de ilegal. Isso porque as informações requeridas se referem exclusivamente à localização física das vítimas ou suspeitos, não importando em invasão ao conteúdo das comunicações envolvidas. Ainda que se possa considerar que os dados prestados ofendem, em certa intensidade, a intimidade dos sujeitos em questão, há de se levar em conta que estamos falando de crimes gravíssimos (equiparados aos hediondos, nos termos e condições do art. 12 da Lei 13.344/16 – para fins de livramento condicional), ligados à privação de liberdade das vítimas. Uma ponderação rasa já aponta a prevalência do interesse investigativo, no caso. Mais ainda: a legislação foi cuidadosa o suficiente para mesmo assim exigir autorização judicial, autorizando a ordem direta apenas para o caso de omissão do juízo – perfeitamente explicável ao se considerar que o crime de tráfico de pessoas possui, ordinariamente, caráter transnacional, daí a premente urgência. Como se não bastasse, a previsão de imediata comunicação da medida ao juiz permite que eventuais abusos sejam coibidos, ainda que a posteriori.

Entretanto, embora seja permitido tal atuação, difícil tarefa é estabelecer o alcance de dados obtidos por meio do exercício do Poder Requisitório, isso porque, o próprio

²² CAETANO, Ana Paula Souza. As inovações trazidas pela lei nº 13.344: ampliação do poder requisitório do delegado e a ADI nº 5642. Disponível em <<https://juridocerto.com/p/advapsc/artigos/as-inovacoes-trazidas-pela-lei-no-13-344-ampliacao-do-poder-requisitorio-do-delegado-e-a-adi-no-5642-3895>>. Acesso em 22 de julho de 2022.

²³ PACELLI, op. cit., p.234.

conceito de dados pessoais, informações cadastrais e sinais informativos, mostraram-se modificados ao longo do tempo, pois a Revolução Digital, passou a estabelecer novos contornos aos chamados dados informativos ou cadastrais.

Válido destacar que no julgamento do caso “*Digital Rights Ireland e Seitlinger*”²⁴, a Corte de Justiça de União Europeia, buscou estabelecer o conceito de dados informatizados, bem como o alcance do mesmo, veja-se:

Podem fornecer informações muito precisas a respeito da vida privada das pessoas cujos dados são retidos, como os hábitos da vida diária, locais de residência permanente ou temporária, movimentações diárias ou de outra natureza, atividades, relações sociais e os ambientes sociais frequentados

Dessa maneira, é necessário realizar uma nova definição acerca do alcance e conceito de dados e informações obtidos pela autoridade policial, e demais sujeitos da persecução penal, a exemplo inclusive da Receita Federal, em sua atuação administrativa, pois a era da tecnologia além de modificar tais conceitos passou a estabelecer nova dinamicidade aos mesmos.

Adotando-se uma interpretação sistemática com o artigo 15 da lei 12.850/13, pode-se estabelecer também como dados cadastrais do investigado aqueles que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço.

Conforme percebe-se não há se falar em violação a cláusula de reserva de jurisdição, ora pelo exercício de ponderação realizado pelo próprio legislador, ao tratar de conflito entre direitos fundamentais, ora pelo fato de que a lei estabeleceu situações rígidas a qual o delegado de polícia está adstrito, de modo que mesmo no exercício de sua discricionariedade, deve ater-se a tais ditames.

²⁴ JASMONTAITE, Lina; BURLOIU, Valentina Pavel. Lithuania and Romania to Introduce Cybersecurity Laws. In: Privacy, Data Protection and Cybersecurity in Europe. Cham: Springer, 2017, p. 138.

3. CAPÍTULO II

2.1. A Cláusula de Reserva de Jurisdição.

Certos direitos e garantias só podem sofrer restrições com base em ordem de autoridade judiciária competente. É o que acontece com a violação do domicílio, sujeita à cláusula de reserva de jurisdição, ou seja, apenas o juiz pode determinar de forma específica sua restrição.

Nesse sentido, a chamada cláusula de reserva de jurisdição, qual seja, a necessidade de prévio pronunciamento judicial quando for necessária a adoção de medidas que possam irradiar efeitos sobre as garantias individuais, está presente no curso das investigações, isso porque, é durante tal procedimento que tais garantias são flexibilizadas.

A referida cláusula, conforme ensina J. J. Canotilho²⁵, é :

A idéia de reserva de jurisdição implica a reserva de juiz relativamente a determinados assuntos. Em sentido rigoroso, reserva de juiz significa que em determinadas matérias cabe ao juiz não apenas a última palavra mas também a primeira palavra. É o que se passa, desde logo, no domínio tradicional das penas restritivas da liberdade e das penas de natureza criminal na sua globalidade. Os tribunais são os guardiões da liberdade e das penas de natureza criminal e daí a consagração do princípio *nulla poena sine iudicio*

Canotilho afirma que a existência de um Poder Judiciário como órgão separado dos demais deriva da necessidade de garantir a liberdade, uma vez que não é possível o usufruto desse direito quando há confusão entre quem faz as leis, quem as aplica e quem julga, bem como de garantir a independência da magistratura.

Nessa esteira, os sistemas constitucionais em geral estabelecem alguns mecanismos para preservar o Estado Democrático de Direito e os juízes destacam-se como a principal maneira de se proteger os direitos das pessoas e da sociedade, exatamente por sua atuação autônoma e imparcial, pois seus representantes não são escolhidos pelo povo, mas sim por meio de um processo seletivo.

²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição, Almedina, 2003, p.664

Diante disso, com o avanço do Estado Democrático de Direito, a figura do Juiz passou a ser o cerne da questão, quando se está diante de uma investigação criminal, tal fato existe, em razão não apenas da possibilidade da existência de limitações de garantias fundamentais, mas também pela própria função exercida pelo magistrado durante o curso de uma investigação.

Para Aury Lopes Júnior²⁶, o Juiz é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal:

A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial.

Igualmente, o Supremo Tribunal Federal, já decidiu pela possibilidade do Tribunal, trancar de ofício um inquérito policial, em razão do exercício deste mesmo controle de legalidade, conforme explicado pelo professor Márcio André Lopes Cavalcante²⁷:

“O STF pode, de ofício, arquivar inquérito quando verificar que, mesmo após terem sido feitas diligências de investigação e terem sido descumpridos os prazos para a instrução do inquérito, não foram reunidos indícios mínimos de autoria ou materialidade (art. 231, § 4º, “e”, do RISTF). A pendência de investigação, por prazo irrazoável, sem amparo em suspeita contundente, ofende o direito à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88).

Caso concreto: tramitava, no STF, um inquérito para apurar suposto delito praticado por Deputado Federal. O Ministro Relator já havia autorizado a realização de diversas diligências investigatórias, além de ter aceitado a prorrogação do prazo de conclusão das investigações. Apesar disso, não foram reunidos indícios mínimos de autoria e materialidade. Com o fim do foro por prerrogativa de função para este Deputado, a PGR requereu a remessa dos autos à 1ª instância.

O STF, contudo, negou o pedido e arquivou o inquérito, de ofício, alegando que já foram tentadas diversas diligências investigatórias e, mesmo assim, sem êxito.

Logo, a declinação de competência para a 1ª instância a fim de que lá sejam continuadas as investigações seria uma medida fadada ao insucesso e representaria apenas protelar o inevitável. STF. 2ª Turma. Inq 4420/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 21/8/2018 (Info 912).

²⁶ LOPES, JR. op. cit., p.344.

²⁷ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O STF pode, de ofício, arquivar inquérito quando, mesmo esgotados os prazos para a conclusão das diligências, não foram reunidos indícios mínimos de autoria ou materialidade. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/60131a2a3f223dc8f4753bcc5771660c>>. Acesso em: 24 de ago de 2022.

No mesmo sentido: STF. Decisão monocrática. INQ 4.442, Rel. Min. Roberto Barroso, Dje 12/06/2018. Grifos acrescentados).

Entretanto, para longe do exercício do controle de legalidade das investigações criminais, nota-se que o Poder Judiciário atuou, como verdadeiro titular da Ação Penal, papel este constitucionalmente consagrado ao Ministério Público (CF, art. 129, I), a quem compete decidir pelo oferecimento da denúncia ou solicitação de arquivamento do inquérito ou peças de informação, sendo dever do Poder Judiciário exercer apenas atividade de supervisão judicial.

Ocorre que, conforme explicado em decisão monocrática, nos autos do INQ 4.442, Rel. Min. Roberto Barroso, este aduziu que a atividade do Poder Judiciário não pode ser inerte, ao ponto de permitir a existência de investigações criminais infundadas, veja-se:

(...) 1. A mera instauração de um Inquérito pode trazer algum tipo de constrangimento às pessoas com foro por prerrogativa de função. Por outro lado, os órgãos de persecução criminal devem ter a possibilidade de realizar as investigações quando verificado um mínimo de elementos indiciários, como é o caso das informações obtidas por meio de acordos de colaboração premiada. Ponderados esses dois interesses, somente se deve afastar de antemão um notícia-crime quando completamente desprovida de plausibilidade.

2. No entanto, isso não significa que os agentes públicos devam suportar indefinidamente o ônus de figurar como objeto de investigação, de modo que a persecução criminal deve observar prazo razoável para sua conclusão.

3. No caso dos autos, encerrado o prazo para conclusão das investigações, e suas sucessivas prorrogações, o Ministério Público, ciente de que deveria apresentar manifestação conclusiva, limitou-se a requerer a remessa dos autos ao Juízo que considera competente. Isso significa dizer que entende não haver nos autos elementos suficientes ao oferecimento da denúncia, sendo o caso, portanto, de arquivamento do inquérito.

4. O art. 28 do Código de Processo Penal se limita a impedir que, pedido o arquivamento pelo Ministério Público e confirmado este entendimento no âmbito do próprio Ministério Público, possa o juiz se negar a deferir-lo. **No entanto, não obriga o Juiz a só proceder ao arquivamento quando este for expressamente requerido pelo Ministério Público, seja porque cabe ao juiz o controle de legalidade do procedimento de investigação; seja porque o Judiciário, no exercício de suas funções típicas, não se submete à autoridade de quem esteja sob sua jurisdição**

5. Inquérito arquivado sem prejuízo de que possa ser reaberto no juízo próprio, no caso de surgimento de novas provas.

STF. Decisão monocrática. INQ 4.442, Rel. Min. Roberto Barroso, Dje 12/06/2018. Grifos acrescentados)

Nota-se que a função do Poder Judiciário durante o curso de uma investigação criminal, vai além da simples atuação face a observância da Cláusula de reserva de

jurisdição, para mais o referido poder constitucional, igualmente, atuando de ofício, pode estabelecer limites à atividade investigativa, ainda que não provocado, pois conforme dito este possui a função de supervisionar a legalidade da investigação.

Não sem razão, o artigo Art. 3º-B, do Código de Processo Penal, (artigo com a eficácia suspensa em razão da liminar concedida pelo Min.Fux) passou a estabelecer que o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário.

Ora, se o próprio Poder Judiciário reconhece seu papel de guardião da legalidade das investigações criminais, com mais razão ainda, o Delegado de Polícia, autoridade competente para presidir os inquéritos policiais, detém, autonomia e competência de controle dos próprios atos realizados, de modo que não há necessidade de submeter seus atos investigativos ao crivo do Poder Judiciário ao fim e ao cabo de toda investigação, sob pena de obstar o resultado útil do procedimento, qual seja, evidenciar a autoria e materialidade do delito.

De mais a mais, a cláusula de reserva de jurisdição deve ser observada sempre que estabelecido um eventual conflito de direitos fundamentais, sendo o processo de interpretação dos direitos em colisão, resolvido pelo Poder Judiciário, o qual detém competência para dizer o direito.

Nesta mesma linha de raciocínio explica o André de Carvalho Ramos²⁸:

A Constituição Federal de 1988 aceitou a garantia da reserva absoluta de jurisdição, ao dispor que determinados atos de grave intervenção em direitos individuais somente podem ser deferidos pelo Poder Judiciário, com a exclusão de todas as demais autoridades públicas. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, a garantia constitucional da reserva da jurisdição incide sobre as hipóteses de: (i) busca domiciliar (CF, art. 5º, XI); (ii) interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII); e (iii) decretação da prisão, ressalvada a situação de flagrância penal (CF, art. 5º, LXI – conferir no MS 23.639/DF, rel. Min. Celso de Mello, publicado no DJ em 16-2- 2001). Por outro lado, não há falar em reserva de jurisdição na quebra ou transferência de sigilos bancário, fiscal e de registros telefônicos, pois, no teor da Constituição Federal, essas podem inclusive ser determinadas por

²⁸ RAMOS, André de Carvalho Curso de Direitos Humanos / André de Carvalho Ramos. – 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. p.376

Comissão Parlamentar de Inquérito (STF, MS 23.480, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 15-9-2000).

Para o referido autor, a existência da cláusula de reserva de jurisdição, constitui não apenas limites a atividade investigativa, mas também confere ao cidadão verdadeira garantia pública, veja-se:

A terceira garantia em sentido amplo é a cláusula da reserva de jurisdição ou reserva absoluta de jurisdição, que consiste na exigência de autorização judicial prévia para a restrição e supressão de determinado direito. Consiste no “monopólio da primeira palavra” ou “monopólio do juiz”, no linguajar de Canotilho 25 , pelo qual, em certos casos de apreciação de restrição de direitos, a jurisdição deve dar não somente a última palavra, mas também a primeira palavra (autorizando ou negando)

Dessa maneira, as garantias fundamentais devem ser observadas, sendo estas entendidas como verdadeiros escudos do investigado, pois possuem o objetivo de assegurar a fruição dos direitos propriamente ditos, de modo que a ausência de seu reconhecimento, isto é, da existência das garantias fundamentais, leva a verdadeira ofensa a proteção constitucional.

Por fim, a observância de tais garantias, dentre elas a própria cláusula de reserva de jurisdição, permite que determinadas condutas do Estado estejam voltadas a construir uma instituição essencial para a efetividade dos direitos fundamentais, sendo passível de questionamento pelo investigado e por toda a sociedade, em última análise, a violação do direito que aquela instituição buscava zelar.

2.3. Reflexos dos direitos fundamentais na produção de provas durante o Inquérito Policial

Conforme estudado, durante a investigação criminal, é certo que garantias fundamentais são suspensas, isso porque, o exercício de atividade ilícita não pode servir de escudo contra a atuação do órgãos de persecução penal, sendo assim, por apresentar situações recorrentes em que certos direitos fundamentais são restringidos, em sua grande parte quando respeitado a cláusula de reserva de jurisdição, pode-se dizer que a autoridade policial, valendo da técnica da proporcionalidade pode dirigir o curso de sua investigação, a partir de critérios que busquem conciliar a atuação persecutório e os direitos fundamentais dos investigado.

Acerca do referido princípio, ensina Gilmar Mendes²⁹:

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, eqüidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico

Aliás, não há que se falar em incompetência da autoridade policial para que invocando tal princípio conduza sua atividade investigativa, pois conforme o mesmo autor³⁰:

O princípio da proporcionalidade é invocado, igualmente, quando Poderes, órgãos, instituições ou qualquer outro partícipe da vida constitucional ou dos processos constitucionais colocam-se em situações de conflito. Daí a aplicação do referido princípio nas situações de conflito de competência entre União e Estado ou entre maioria e minoria parlamentar ou, ainda, entre o parlamento e um dado parlamentar

Ora, é certo que cabe a autoridade policial, no curso das investigações realizar um juízo prévio de ponderação, pois conforme as diligências vão sendo executadas, e aqui tais diligências são todas de ordem administrativa, prescindindo de autorização judicial para tanto, deve a autoridade competente analisar se tais condutas são ofensivas as garantias e direitos fundamentais.

Nesse sentido, a ideia de proporcionalidade dentro de um Inquérito Policial, pode ser aplicada, a partir do estudo dos requisitos e condicionantes para aplicação do próprio princípio, que devem ser as seguintes, conforme ensina Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins³¹:

O que poderia ser o vínculo do legislador aos direitos fundamentais senão o dever de intervir no exercício dos direitos tão somente de forma proporcional, pergunta, retoricamente, Schlink em artigo publicado em 1984. Entenderemos a proporcionalidade como mandamento constitucional que objetiva verificar a constitucionalidade de intervenções estatais a um direito fundamental mediante a avaliação de sua licitude e da licitude dos fins

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira Curso de direito constitucional. Branco. - 4. ed. rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2009, p.273

³⁰ MENDES, op. cit., p.276.

³¹ DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 6ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2018, p.177

pretendidos, assim como da adequação e necessidade da intervenção para juntar determinada finalidade.

A adequação, pode ser definida como sendo a relação de meio e fim, sendo que o meio utilizado deve ser apto para fomentar o objetivo almejado, do contrário a medida será desproporcional.

Necessidade ou exigibilidade ou menor ingerência possível, é aquela que diante de dois meios similarmente eficazes, deve-se optar por aquele que seja o menos gravoso possível, restringindo certas liberdades de uma lado para fomentar um outro princípio

Por sua vez, o princípio da Proporcionalidade em sentido estrito, corresponde a lei material de sopesamento de acordo com a qual, quanto maior for o grau de afetação ou de não satisfação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.

Dessa maneira, a condução da autoridade policial deve pautar-se sempre na licitude dos fins pretendidos, além da escolha do objeto de intervenção e a justificativa para tanto, sendo estes conceitos definidos como adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, respectivamente.

Ora, acerca do fim que se destina a investigação, não dúvidas de que a resolução de ilícitos é um objetivo fundamental, pois é necessário apaziguar a sociedade quando surge um delito, de modo igual, o meio escolhido, qual seja a investigação criminal, é um meio menos gravoso, pois decorre de uma atividade sigilosa e imparcial do Estado, entretanto, quanto à necessidade da investigação e os meios utilizados, existe a necessidade de maiores esclarecimentos.

Acerca de tal requisito, segue os referidos doutrinadores³²:

Na realização do exame de necessidade há o problema da mensuração do impacto ou gravidade dos meios. Isso envolve três problemas. Primeiro, saber qual entre os meios propostos é o menos gravoso para o titular do direito (grau de intensidade). Segundo, encontrar formas para medir sua relação com o fim almejado (grau de adequação). Terceiro, relacionar o

³² DIMOULIS, MARTINS, op. cit., p.179.

problema da intensidade com o problema do investimento estatal que pressupõe a tomada de certa medida (grau de custo estatal).

A análise do referido princípio diante do caso concreto, torna ainda mais difícil, diante da ausência de um regramento legal acerca das atividades policiais, pois é necessário estabelecer uma razão do limite mínimo da intervenção da autoridade policial, que não é racionalmente posta, pois não há até o presente momento um prognóstico político-legislativo.

Dessa maneira, cabe a autoridade policial, estabelecer o próprio grau de intervenção nas garantias fundamentais, observando a tênue linha entre a necessidade de intervenção do Poder Judiciário e sua própria atuação como agente administrativo, sendo esta pautada no critério da proporcionalidade, uma vez que a existência de uma investigação criminal aliada ao fato da sua competência constitucional, são elementos basilares que condicionam sua atividade investigativa.

Para tanto, o Delegado de Polícia deve ter um conhecimento prévio acerca de tais garantias e direitos fundamentais, sob pena de tornar o inquérito policial, verdadeiro martírio para os investigados.

Logo, diante da constante violação de garantias fundamentais, é dever do Delegado de Polícia, exercer o Controle de Convencionalidade de normas ou regramentos que buscam estabelecer diretrizes investigativas, uma vez que, a condução de atividade persecutória penal, em sua gênese é uma atividade de constrangimento ao cidadão, porém necessária.

Aliás, sobre o Controle de Convencionalidade exercido pela autoridade pública, explica com maestria André de Carvalho Ramos³³:

O controle de convencionalidade consiste na análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais). Esse controle pode ter efeito negativo ou positivo: o efeito negativo consiste na invalidação das normas e decisões nacionais contrárias às normas internacionais, resultando no chamado controle destrutivo ou saneador de convencionalidade; o efeito positivo consiste na interpretação adequada das normas nacionais para que estas sejam conformes às normas internacionais

³³ RAMOS, op. cit., p.277.

(efeito positivo do controle de convencionalidade), resultando em um controle construtivo de convencionalidade

Além dos juízes, é possível que o controle de convencionalidade nacional seja feito pelas autoridades administrativas, membros do Ministério Público e Defensoria Pública (no exercício de suas atribuições) e haja, inclusive, o controle preventivo de convencionalidade na análise de projetos de lei no Poder Legislativo.

Dessa maneira, caso o Delegado de Polícia, depare-se com uma situação clara de ofensa aos direitos e garantias fundamentais, ainda que tal conduta seja pautada em lei ou em mecanismos internos corporativos, o mesmo, realizando um juízo de controle de convencionalidade da norma, pode deixar de aplicá-la, pois conforme dito alhures, a autoridade policial funciona como garantidora de direitos do acusado, de modo que tal exercício não pode ceder face normativas e comandos flagrantemente ofensivos.

Neste mesmo sentido aponta Henrique Hoffman³⁴:

Além da função preparatória, de amparar eventual denúncia com elementos que constituam justa causa, existe a função preservadora, de garantia de direitos fundamentais não somente de vítimas e testemunhas, mas do próprio investigado, evitando acusações temerárias ao possibilitar o arquivamento de imputações infundadas. Assim, além de a função preparatória não ser a única, ela sequer é a mais importante

Ressalta-se que o Controle de Convencionalidade não é um controle de constitucionalidade da norma, pelo contrário, seu exercício situa-se no plano da eficácia da norma e não em sua existência, de modo que até que seja declarada nula pelos Tribunais competentes, a mesma continua válida, porém sem aplicabilidade no caso concreto.

Para rechaçar qualquer dúvida acerca do tema, em instigante artigo Ruchester Marreiros Barbosa³⁵, explica que:

É evidente que àquele que seja instado a decidir algo sobre o Direito. O Delegado de Polícia ao realizar a análise jurídica do fato, em especial, no auto de prisão em flagrante, por exercer função jurídica e exclusiva de

³⁴ CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Inquérito policial é indispensável na persecução penal. Revista Consultor Jurídico, dez.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-01/inquerito-policia-indispensavel-persecucao-penal>>. Acesso em 01 de nov de 2022.

³⁵ BARBOSA, Ruchester. Controle de Convencionalidade pelo Delegado de Polícia. Canal Ciências Criminais. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/control-de-convencionalidade-pelo-delegado-de-policia/#_ednref10>. Acesso em: 11 de out de 2022.

Estado, se torna o único a poder realizá-lo. Não há nenhum óbice em se efetivar uma interpretação sistêmica e definir o resultado hermenêutico por meio de controle de convencionalidade. Sempre será cabível esta função, seja pelo Delegado de Polícia ou qualquer outra função jurídica na qual emane poderes decisórios.

Nesse sentido, o Delegado de Polícia no curso de uma investigação criminal pode deixar de aplicar determinada normativa por entender que tal previsão ofende determinadas garantias estabelecidas em normas internacionais de direitos humanos, sem prejuízo de análise do Poder Judiciário, pois o que se busca em primeiro momento é evitar a ofensa a direitos do investigado sem a devida proporcionalidade.

Aliás a própria Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, estabelece regras interpertrativas de seu conteúdo, a fim de evitar restrições de normativas internas que possam conter dispositivos de alcance mais amplo e de maior proteção aos indivíduos, confira-se:

2. O presente Artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo.

Sendo assim, não há óbice para atuação garantidora do Delegado de Polícia, notadamente diante da vasta normatividade de documentos internacionais que além de assegurar direitos fundamentais passam a ser de aplicação obrigatória no âmbito doméstico.

2.4. Limites à atividade probatória do Delegado de Polícia durante a investigação.

Ante a ausência de um código específico de investigação, sobretudo em razão de que a mesma é caracterizada como sendo um procedimento administrativo, o presente trabalho buscou delimitar a atividade probatória do Delegado de Polícia, a partir de um estudo referente a classificação das provas em gerações, uma vez que estas estão diretamente relacionada à necessidade (ou não) de prévia autorização judicial (cláusula de reserva de jurisdição) para a execução de certos procedimentos investigatórios invasivos, notadamente à vida privada e ao direito à intimidade.

Pois bem, a teoria das gerações probatórias, origina-se em 3 (três) precedentes da Suprema Corte Norte Americana, denominados Olmstead (1928), Katz (1967) e Kyllo (2001), nos quais a Suprema Corte Norte-Americana decidiu em quais casos incidiria a proteção conferida pela 4ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, tornando-se assim necessária a expedição prévia de ordem judicial de busca e apreensão para a obtenção lícita das provas.

Inicialmente, o precedente Olmstead (1928) a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a atividade investigativa do próprio Estado, deve respeitar o espaço privado e particular, sendo estes tangíveis e demarcáveis, de modo que seria legal a atuação dos órgãos de persecução penal, quando agissem em espaço público, desde que não invadissem propriedade privada.

Para além, o precedente de Katz (1967) a Suprema Corte norte-americana alterou seu entendimento acerca da matéria, concluindo que a proteção conferida à vida privada teria o condão de abranger não apenas a busca de itens tangíveis, mas também a gravação de declarações orais, ou seja, buscou proteger a legítima expectativa de proteção ao direito à intimidade.

Por fim, o precedente Kyllo (2001), atento às novas tecnologias, a Suprema Corte dos Estados Unidos fixou o entendimento de que o avanço da tecnologia sobre a materialidade das coisas não podia limitar o escopo e a abrangência da proteção constitucional outorgada à intimidade das pessoas.

Diante disso, segundo a doutrina de Knjinik³⁶, as provas de terceira geração, oriundas do retromencionado precedente, abrangem os seguintes meios probatórios:

Testes genéticos (DNA), exames biológicos, químicos e toxicológicos, exames psicológicos com fulcro em estudos epidemiológicos e de experimentação, reconstrução dos fatos através de dinâmicas realizadas por avançados software; reconhecimento vocal(voice-print), cálculos estatísticos, estilometria (individualização de estilos literários de uma pessoa), reconhecimento por GPS da localização de alguém, leitura labial, thermal imaging (análise térmica de um ambiente), sobrevoo com câmeras de alta precisão, utilização de cães farejadores, utilização de equipamentos de raios-x para leitura de ambientes ou localização de objetos inseridos no

³⁶ KNIJNIK, Danilo. A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do século XXI. Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, ano 2, número 4. Porto Alegre/RS, 2016, p.83

corpo humano, interceptação de sinais ambientais, infiltração de agentes, key logger(programa espião que registra tudo o que é digitado no computador –registrador do teclado), dentre diversas outras possibilidades de obtenção de provas através do uso da tecnologia

Ora, a partir, dos estudos em questão, é possível concluir que a princípio de acordo com as peculiaridades do caso concreto, todas as medidas investigatórias que demandem intervenção tecnológica do Estado, além daquelas disponíveis aos particulares de modo geral, deverá ser precedida de autorização judicial, pois a partir do precedente *Kyllo v. United States*, fixou-se o entendimento de que o avanço da tecnologia sobre a materialidade das coisas não pode limitar o escopo e a abrangência da proteção constitucional outorgada às pessoas.

Sendo assim, as investigações encontram seus limites diante do poder de penetração dos aparatos tecnológicos e a expectativa de intimidade dos indivíduos, impondo-se aos agentes estatais o dever de obtenção de prévia ordem judicial quando o recurso utilizado violar a expectativa de intimidade do indivíduo.

Ocorre que, com o grande fluxo de informações, aliado a possibilidade de perda de dados de maneira instantânea, a própria jurisprudência já excepcionou a regra quando presente inequívoca, a urgência na obtenção das informações e/ou o risco concreto de perecimento dessas, justificada a excepcionalidade por escrito, conforme ensina Joaquim Leitão Júnior e João Biffe Júnior³⁷:

Em regra, os policiais não poderão, sem prévia autorização judicial, realizar a busca exploratória no telefone celular apreendido, em virtude da expectativa de privacidade quanto aos arquivos armazenados.

Em situações excepcionais, nas quais as peculiaridades do caso concreto demonstrem, de forma inequívoca, a urgência na obtenção das informações e/ou o risco concreto de perecimento dessas, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou autoridade policial, poderão os policiais proceder ao acesso dos arquivos e registros existentes no referido aparelho, inclusive com a consulta a aplicativos de comunicação, vez que a expectativa de privacidade não pode servir para amparar crimes que estão em plena consumação (ex.: extorsão mediante sequestro e tráfico de drogas) e tampouco ser utilizada para salvaguardar associações e organizações criminosas, legitimando a impunidade.

³⁷ JUNIOR LEITÃO, Joaquim; BIFFE JUNIOR, João. Prova penal de conversas do Whatsapp obtidas sem autorização. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4799, 21 ago. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51391>>. Acesso em: 24 de jul de 2022.

Nesses casos excepcionais, ressalve-se que deverá a polícia desabilitar a conexão do celular à rede mundial de computadores, limitando-se assim a consulta à troca de mensagens pretéritas e demais dados armazenados no aparelho, o que evitará a interceptação da comunicação em tempo real com a consequente nulidade das provas obtidas em virtude da cláusula de reserva de jurisdição, imposta pela ordem constitucional no caso de interceptação de dados ou comunicações.

Por fim, saliente-se que, havendo autorização, expressa e inequívoca, do usuário do celular (proprietário ou possuidor), não será necessária ordem judicial, haja vista que àquele que abdica da sua intimidade, não poderá, posteriormente, pleitear a nulidade da prova

De mais a mais, a atividade probatória encontra limites nos próprios direitos fundamentais do investigado, os quais possuem como núcleo base o princípio do *nemo tenetur se detegere*, onde a autoridade estatal deve guardar sua atuação investigativa face o referido princípio.

Ocorre, que a modelo algum de Estado, autoritário ou democrático, e de processo penal, inquisitivo ou garantista, interessa a criação de óbices destinados a dificultar a condenação de criminosos, salvo quando esses entraves existirem para proteger direitos fundamentais, como a integridade física e psíquica e o direito de permanecer calado. Não fosse assim, assentar-se-ia a existência de direitos não amparados em dispositivos normativos e de duvidosa legitimidade moral e ética, como os direitos de se ocultar para não ser citado, de mentir no interrogatório e de fugir.

Evidentemente, há práticas que, em alguns casos, devem ser toleradas pelo sistema de justiça criminal, mas que não constituem direitos, sendo aceitas com base em excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, analisadas caso a caso, ou simplesmente por não haver coerção ou sanção legalmente previstas.

Em brilhante ensinamento, o professor Guilherme Gehlen Walcher³⁸, estabelece que:

O privilege against self incrimination permite ao réu que silencie, abstendo-se de confessar o que quer que seja, mas, por outro lado, não confere ao investigado um direito amplo de não colaborar, ativa

³⁸ WALCHER, Guilherme Gehlen. A garantia contra a autoincriminação no Direito brasileiro: breve análise da conformação do princípio *nemo tenetur se detegere* à luz da jurisprudência nacional e estrangeira. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Guilherme_Walcher.html> Acesso em: 26 out. 2022.

ou passivamente, em todos e quaisquer procedimentos probatórios vinculados à persecução penal *in iudicio* e *extra iudicio* que possam, de alguma forma, vir a produzir provas que possam ser valoradas para fins de condenação penal. Não é essa a finalidade para a qual esse direito foi positivado, não é esse o alcance desse direito em ordenamentos estrangeiros civilizados e de tradição humanitária e, por fim, esse alcance compromete de forma relevante o direito à prova, que pertence a ambas as partes (acusação e defesa), obstando o regular exercício do direito fundamental da sociedade à repressão criminal das condutas que de modo mais intenso afrontam o ordenamento jurídico (os delitos).

Logo, é possível que o reconhecimento de pessoas e coisas, a identificação criminal (Lei nº 10.054/00), a prova documental e algumas perícias de pouca ou nenhuma afetação no corpo do indivíduo sejam realizadas sem autorização judicial. Inclui-se entre as modalidades de prova não invasiva o bafômetro, medida que não gera qualquer intervenção corporal, medida que está longe de afrontar o direito ao silêncio e o princípio *nemo tenetur se detegere*.

Sendo assim, as provas não invasivas, por não atingirem diretamente os direitos fundamentais, não dependem de ordem judicial, podendo ser determinadas pela autoridade policial.

A propósito, como observa Grinover³⁹, *verbis*:

O sujeito não está em confronto direto com a autoridade, não é por ela solicitado a responder, nem sofre pressões de qualquer espécie, já que não há constrição no telefonema e o instrumento é utilizado na mais ampla liberdade. O direito ao silêncio do réu ou do indiciado tem como finalidade preservar sua liberdade moral frente à autoridade

Logo, deve a autoridade policial no mister de sua atividade, por meio de um critério de ponderação normativa, estabelecer o próprio alcance de suas investigações e medidas diligentes, com base na existência de medidas interventivas ou não, além da observância da cláusula de reserva de jurisdição, tendo a jurisprudência como aliada, pois esta por muitas vezes diferencia com clareza a produção de prova que não precisa de autorização judicial, veja-se:

³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini, et alii. As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 262.

Ementa Repercussão geral. Tema 990. Constitucional. Processual Penal. Compartilhamento dos Relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil com os órgãos de persecução penal para fins criminais. Desnecessidade de prévia autorização judicial. Constitucionalidade reconhecida. Recurso ao qual se dá provimento para restabelecer a sentença condenatória de 1º grau. Revogada a liminar de suspensão nacional (art. 1.035, § 5º, do CPC). Fixação das seguintes teses: **1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil - em que se define o lançamento do tributo - com os órgãos de persecução penal para fins criminais sem prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional;** 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB referido no item anterior deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios. (RE 1055941, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 04/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 05-10-2020 PUBLIC 06-10-2020 REPUBLICAÇÃO: DJe-052 DIVULG 17-03-2021 PUBLIC 18-03-2021. Grifos acrescidos)

Pelo exposto, nota-se que, por apresentar nuances cada vez mais espinhosas, sobretudo diante da constante restrição de garantias fundamentais durante investigações criminais, os próprios limites para a mesma, ainda não foram estabelecidos, cabendo hoje à jurisprudência definir quais seriam estes.

Entretanto, pelo delineado, pode-se concluir que a autoridade policial, não precisa aguardar a decisão judicial acerca do tema, para definir a licitude de suas operações, desde que observado a técnica de proporcionalidade e o princípio fundamental do *nemo tenetur se detegere*, não afastando o controle judicial de seus atos, pois nenhum ato que ofenda direitos fundamentais será afastado da apreciação do Poder Judiciário

4. CAPÍTULO III

3.1. Realização de medidas investigativas sem autorização judicial.

Conforme visto alhures, os direitos e garantias fundamentais podem ser relativizados durante a investigação criminal, ora por ação do próprio delegado de polícia, no exercício de seu poder requisitório, ora por intermédio de representação ao Poder Judiciário, em observância a cláusula de reserva de jurisdição.

Entretanto, existem ainda possibilidades de ações investigativas serem adotadas independentemente de autorização judicial, o que poderia dizer que tais medidas são na verdade reflexos indiretos do poder requisitório exercido pela autoridade policial, a qual, não requisita diretamente de instituições públicas, mas age no exercício de suas prerrogativas funcionais, sem que haja nesse momento interferência do Poder Judiciário.

A primeira delas, é tida como Ação Controlada, definida como meio de obtenção de prova, onde a autoridade policial retarda a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações, devendo apenas comunicar a autoridade judicial acerca de tal medida, ou seja, independe de autorização judicial.

Tal técnica especial de investigação, também está prevista expressamente na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06, art. 53, II), na Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/98, art. 4º-B, com redação dada pela Lei nº 12.683/12, e art. 1º, §6º, da Lei n. 9.613/98, incluído pela Lei n. 13.964/19) e na nova Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13, art. 8º)

A Ação controlada, segundo Renato Brasileiro⁴⁰

Consiste no retardamento da intervenção do aparato estatal, que deve ocorrer num momento mais oportuno sob o ponto de vista da investigação criminal.

E arremata o autor acerca da necessidade de autorização judicial⁴¹:

A nosso juízo, a eficácia da ação controlada pode ser colocada em risco se houver necessidade de prévia autorização judicial, haja vista a demora inerente à tramitação desses procedimentos perante o Poder Judiciário

Aliás, diante de uma eminente e ativa atuação policial, sem que seja necessário consultar o Poder Judiciário sobre qual ação deve-se tomar, é certo que os resultados obtidos são muito mais vantajosos não apenas para a sociedade, carente de intervenção

⁴⁰ BRASILEIRO, op. cit., p.1.113.

⁴¹ BRASILEIRO, op. cit., p.1.113.

ativa e imediata do Poder Estatal, mas também apresenta-se como importante ação que visa juntar elementos de provas que serão analisados eventualmente sob o crivo do judiciário

Destaca-se ainda, interessante observação feita pela professora Maria Elizabeth Queijo⁴², a qual estabeleceu que a ação controlada não é incompatível com o direito à não autoincriminação, veja-se:

Se, à primeira vista, a inexistência de advertência quanto ao nemo tenetur se detegere conduz à conclusão de que há violação ao citado direito fundamental, pois os averiguados acabariam por produzir provas em seu desfavor, na verdade, o interesse público na persecução penal dos delitos praticados por organizações criminosas justifica a restrição ao referido princípio, representada pela ação controlada, em consonância com o princípio da proporcionalidade

Ora, a Ação Controlada visa exatamente por termo ao exercício criminoso verificado, isto é, na Ação Controlada o crime está em ocorrência o tempo todo, de modo que a atuação da polícia tem o condão de cessar tal atividade, em momento mais oportuno, pois o retardamento da ação será útil ao resultado das investigações.

Dessa maneira, não se pode guarnecer a prática de ilícitos que já estão em curso, de modo que os agentes, agindo contrariamente ao ordenamento jurídico, não estão colaborando com os órgãos de persecução penal, pelo contrário, o princípio de não produzir provas contra si mesmo, está presente durante toda a operação, visto que os próprios agentes agem de maneira criminosa.

Para purgar qualquer tipo de dúvida, já decidiu a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 512.290-RJ, de Relatoria do Min. Rógerio Shchietti Cruz, pela dispensabilidade de autorização judicial no presente caso, veja-se:

HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EXTORSÃO, CONCUSSÃO E EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO POR POLICIAIS CIVIS. POSSIBILIDADE DE APOIO DE AGÊNCIA DE INTELIGÊNCIA À INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NÃO OCORRÊNCIA DE INFILTRAÇÃO POLICIAL. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PRÉVIA PARA A AÇÃO CONTROLADA. COMUNICAÇÃO POSTERIOR QUE VISA A PROTEGER O TRABALHO INVESTIGATIVO. HABEAS CORPUS DENEGADO. (...) **9. A ação controlada prevista no § 1º do art. 8º da Lei n. 12.850/2013 não necessita de autorização judicial.**

⁴² QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 55.

A comunicação prévia ao Poder Judiciário, a seu turno, visa a proteger o trabalho investigativo, de forma a afastar eventual crime de prevaricação ou infração administrativa por parte do agente público, o qual responderá por eventuais abusos que venha a cometer. 10. As autoridades acompanharam o recebimento de dinheiro por servidores suspeitos de extorsão mediante sequestro, na fase do exaurimento do crime, e não há ilegalidade a ser reconhecida em habeas corpus se ausentes circunstâncias preparadas de forma insidiosa, de forma a induzir os réus à prática delitiva. 11. O habeas corpus não se presta à análise de teses que demandam exame ou realização de provas. 12. Habeas corpus denegado. (HC 512.290/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2020, DJe 25/08/2020. Grifos acrescidos)

Ainda nesta senda, e conforme visto anteriormente, outra medida investigativa, carente de autorização judicial pode ser realizada, qual seja, a condução do investigado para fins de reconhecimento pessoal, pois tal medida além de não ferir garantias fundamentais, trata-se de uma diligência não interventiva, de modo que sua realização se torna mais um meio de prova disponível a autoridade policial, durante o curso de uma investigação.

Entretanto, acerca da necessidade de autorização judicial para o ato, a doutrina se divide, de modo que é de extrema importância seu estudo, para fins de evitar a ilegalidade de tal medida.

Inicialmente, válido a transcrição do artigo 260 do Código de Processo Penal, o qual estabelece a possibilidade de tal medida, veja-se:

Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

O referido artigo já teve sua recepção questionada em sede de Ação Direta de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), onde o Supremo Tribunal Federal declarou a não recepção da expressão “para o interrogatório” constante do art. 260 do CPP, e a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Em outras palavras, o STF declarou que a expressão “*para o interrogatório*” prevista no art. 260 do CPP não foi recepcionada pela Constituição Federal. Assim, não se pode

fazer a condução coercitiva do investigado ou réu com o objetivo de submetê-lo ao interrogatório sobre os fatos. (STF. Plenário. ADPF 395/DF e ADPF 444/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgados em 13 e 14/6/2018. Info 906)

Pois bem, para longe da discussão acerca da constitucionalidade do retromencionado artigo, a celeuma reside na competência da autoridade policial para determinar a condução coercitiva, face a necessidade ou não da observância da cláusula de reserva de jurisdição.

Nesse sentido, explica Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar⁴³:

Melhor é que se entenda pela necessidade de autorização judicial para a condução coercitiva. Desse modo, caso a autoridade policial reputar indispensável a oitiva do indiciado que se recusou a atender notificação, deverá noticiar esse fato ao juiz, pleiteando a condução coercitiva

Em sentido contrário, Renato Brasileiro⁴⁴ diz que:

Noutro giro, quando se tratar de meio de prova cuja realização não demande nenhum comportamento ativo por parte do investigado (ou acusado), logo, não protegido pelo direito à não autoincriminação, é perfeitamente possível a expedição de mandado de condução coercitiva. É o que ocorre, por exemplo, com o reconhecimento pessoal (CPP, art. 226) e com a identificação criminal nas hipóteses previstas em lei (Lei nº 12.037/09, art. 3º). Mesmo nessas hipóteses, em fiel observância ao princípio da proporcionalidade, a condução coercitiva será cabível apenas quando não houver nenhum outro meio de reconhecimento do acusado (v.g., fotográfico) ou esclarecimento de sua identidade (v.g., consulta a banco de dados)

Acerca da legitimidade da autoridade policial, para fins de decretação de condução coercitiva, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Ementa: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CONDUÇÃO DO INVESTIGADO À AUTORIDADE POLICIAL PARA ESCLARECIMENTOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 144, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ART. 6º DO CPP. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE PRISÃO OU DE ESTADO DE FLAGRÂNCIA. DESNECESSIDADE DE INVOCÇÃO DA TEORIA OU DOUTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRISÃO CAUTELAR DECRETADA POR DECISÃO JUDICIAL, APÓS A CONFISSÃO INFORMAL E O INTERROGATÓRIO DO INDICIADO. LEGITIMIDADE. OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE

⁴³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. – Salvador: Editora Podivm, 2019, p.560

⁴⁴ BRASILEIRO, op. cit., p.1.113.

JURISDIÇÃO. USO DE ALGEMAS DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS IDÔNEAS E SUFICIENTES. NULIDADE PROCESSUAIS NÃO VERIFICADAS. LEGITIMIDADE DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ORDEM DENEGADA. I – A própria Constituição Federal assegura, em seu art. 144, § 4º, às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais. **II – O art. 6º do Código de Processo Penal, por sua vez, estabelece as providências que devem ser tomadas pela autoridade policial quando tiver conhecimento da ocorrência de um delito, todas dispostas nos incisos II a VI.** III – Legitimidade dos agentes policiais, sob o comando da autoridade policial competente (art. 4º do CPP), para tomar todas as providências necessárias à elucidação de um delito, incluindo-se aí a condução de pessoas para prestar esclarecimentos, resguardadas as garantias legais e constitucionais dos conduzidos. IV – Desnecessidade de invocação da chamada teoria ou doutrina dos poderes implícitos, construída pela Suprema Corte norte-americana e incorporada ao nosso ordenamento jurídico, uma vez que há previsão expressa, na Constituição e no Código de Processo Penal, que dá poderes à polícia civil para investigar a prática de eventuais infrações penais, bem como para exercer as funções de polícia judiciária (...) XII – Ordem denegada. (HC 107644, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 06/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 17-10-2011 PUBLIC 18-10-2011. Grifos acrescidos)"

Ora, é certo que o Delegado de Polícia, durante o curso da investigação, pode determinar a condução coercitiva do investigado ou de qualquer pessoa, pois tal medida não importa em supressão absoluta da liberdade de locomoção, pois o conduzido até a presença da autoridade policial, igualmente, possui o direito de saber os fins para que tal condução se destina.

Aliás, o próprio parágrafo único do artigo em estudo estabelece que o mandado de condução deverá conter, além da ordem de condução, outros requisitos, como o fim para que é feita a citação, o juízo e o lugar, o dia e a hora em que o intimado deverá comparecer, além da subscrição do escrivão e da autoridade, aplicada dentro do âmbito de investigações.

Dessa maneira, não há que se falar da necessidade de autorização judicial para fins de condução coercitiva, seja referente ao investigado, quando tal medida não importe em contribuição ativa, seja de outros sujeitos pré-processuais, uma vez que, novamente, o artigo 6º do CPP, estabelece que cabe a autoridade policial colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.

Exemplo de possibilidade de tal medida, é justamente a decretação de condução coercitiva do investigado para fins de reconhecimento de pessoas, pois tal meio de obtenção de prova é classificado pela doutrina de Maria Ángeles Pérez Marin⁴⁵, como sendo meio passivo e não interventivo, uma vez que o direito de não produzir prova contra si mesmo não persiste quando o acusado for mero objeto de verificação (comportamento passivo) veja-se:

Non existe inconveniente algum que impessa a imposição ao suspeito do dever de suportar 'passivamente' uma intervenção corporal sempre e quando seu comportamento, em tais casos, for unicamente negativo, isto é, não requeira colaboração ativa de nenhuma classe". O que, segunda a autora, não é possível, por outro lado, é "esperar dele [suspeito] uma atitude ativa que pudesse ajudar na sua autoincriminação

No mesmo sentido explica Gabriela Córdoba⁴⁶:

Os melhores exemplos do que a doutrina entende como meios de prova ou de obtenção de prova que impliquem um mero tolerar passivo são: o reconhecimento e a extração de sangue (intervenção corporal)

Além disso, não há que se falar na prática do crime de abuso de autoridade, este previsto no artigo 10º da Lei nº 13.869/19, que diz:

Art. 10. Decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Pois, a condução passa a ser manifestamente cabível quando respeitado os limites estabelecidos pelo próprio Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento das ADPF's 395/DF e 444/DF, já comentadas, aliada a observância do princípio da proporcionalidade da medida, devendo a autoridade policial observar os meios a que se destina.

Aliás, sobre os meios utilizados para fins da referida medida, qual seja, a condução do investigado até a sede policial, e aqui não apenas para ser submetido a medidas probatórias passivas, é necessário que a autoridade policial observe outros limites, quais

⁴⁵ El ADN como método de identificación em el proceso penal. Revista do Ministério Público de Lisboa, Lisboa, v. 33, n. 132, 2012, p. 144

⁴⁶ CORDOBA, Gabriela E. Nemo tenetur se ipsum accusare: principio de pasividad. In Estudios sobre justicia penal: homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 279-301.

sejam a condução pública, para que se evite a denominada “*perp walk*”, qual seja a exposição midiática do preso, conforme encontrado nos comentários de Valber Melo e Filipe Maia Broeto⁴⁷:

Deveras, não se pode negar que o *perp walk*, como meio de exposição do preso, independentemente do título da prisão, tem mais efeitos sociais e psicossociais do que jurídicos propriamente ditos, na medida em que o seu ápice é justamente a efêmera e devastadora exibição do preso — visto como mero objeto — para a mídia nacional e internacional, o que fornece a falsa sensação de que pessoas com comportamentos contrários à lei estão sendo “punidos” e que a engrenagem jurídico-repressiva está “a todo vapor”, quando, em verdade, bem se sabe que a prisão deve ser implementada, sem qualquer contentamento ou exaltação, somente após a formação da culpa, que se dá, evidentemente, ao término do processo.

Sendo assim a condução coercitiva, pode ser entendida como medida investigativa, pois concede a autoridade policial maiores elementos informativos obtidos a partir dos depoimentos prestados pelas testemunhas e outros sujeitos. Entretanto, quando versar sobre o investigado, deve-se atentar pela limitação quanto à observância do princípio “*nemo tenetur se detegere*”, a fim de que tal medida não tenha como fulcro a colaboração do acusado com os órgãos de persecução penal.

Igualmente, deve a autoridade policial observar o fim que se destina tal medida, a fim de evitar eventuais interferências indevidas, devendo limitar-se ao meio de colaboração passiva, evitando qualquer ofensa ao direito de não produzir prova contra si mesmo.

Por fim, quanto à necessidade de autorização judicial para tal diligência, com fulcro na jurisprudência e seguindo a doutrina de Renato Brasileiro, conclui-se pela prescindibilidade de autorização judicial para sua implementação, de modo que o Delegado de Polícia é competente para determinar a condução coercitiva do investigado, novamente, desde que para fins de colaboração passiva, jamais ativa.

⁴⁷ MELO, Valber. BROETO, Felipe Maia. *Perp Walk: a exposição do preso e o efeito penal sedante*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-19/opiniaio-perp-walk-exposicao-preso-efeito-penal-sedante>>. Acesso em 27 de jun de 2022.

3.2. Análise dos entendimentos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça quanto a legalidade das medidas investigativas.

Conforme dito, a terceira fase de produção probatória, a qual estabelece a necessidade de autorização judicial quando os meios interventivos utilizados forem de alta tecnologia, bem como quando versarem sobre provas digitais, oriundos do precedente *Kyllo* (2001), onde fixou-se o entendimento de que o avanço da tecnologia sobre a materialidade das coisas não podia limitar o escopo e a abrangência da proteção constitucional outorgada à intimidade das pessoas.

É certo que, com o avanço da tecnologia, os dados e informações pessoais, relativos à intimidade das pessoas, passaram a ser condensados em um único dispositivo, qual seja, o aparelho celular, de modo que a vida de vários cidadãos está condensada e juntada neste dispositivo.

A partir disso, discutiu-se na jurisprudência a necessidade de autorização judicial para fins de acesso a dados contidos em aparelho celulares, sendo que tais dados podem abarcar desde conversas armazenadas até conteúdo midiático e demais informações.

A primeira vista, é necessário a autorização judicial, uma vez que envolve a intervenção do aparelho estatal na vida e intimidade dos sujeitos, sendo esta entendida da seguinte maneira para Flávio Tartuce⁴⁸:

Intimidade, sendo certo que a vida privada da pessoa natural é inviolável, conforme previsão expressa do art. 5.º, inc. X, da CF/1988: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

O mesmo autor ensina sobre a proteção de dados na era digital⁴⁹:

A proteção dos dados pessoais acabou por ser regulada pela recente Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei de Proteção de Dados Pessoais – LGPD), norma que trata do tema em sessenta e cinco artigos e entra em

⁴⁸ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 10ª ed. São Paulo: Editora Gen Jurídico, 2020, p.130

⁴⁹ TARTUCE, op. cit., p.133

vigor no País em agosto de 2020. A nova lei sofreu claras influências do Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu, de maio de 2018, amparando sobremaneira a intimidade. Em termos gerais, existe uma ampla preocupação com os dados e informações comercializáveis das pessoas naturais, inclusive nos meios digitais, e objetiva-se proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, bem como o livre desenvolvimento da personalidade (art. 1.º). Nos termos do preceito seguinte da norma específica, a disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: a) o respeito à privacidade; b) a autodeterminação informativa, com amparo na autonomia privada; c) a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; d) a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; e) o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; f) a livre-iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e g) os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais

Sendo assim a intimidade e vida privada das pessoas, incluindo aí dados digitais, encontram-se abarcados pela proteção à honra e intimidade, podendo ser afastadas por meio de decisão judicial que estabeleça a suspensão desta garantia, enquanto durar a efetivação da medida cautelar, a exemplo do deferimento de interceptação telefônica e quebra de dados telemáticos.

Ocorre que, em sede de julgamento do RHC 77.232/SC, de Relatoria do Min. Felix Fischer em 2017, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que configura-se ilícito o acesso aos dados armazenados em celular apreendido com base em autorização judicial, ainda que não contenha clara indicação de acesso aos dados armazenados em dispositivos, vejamos sua ementa:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS . TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO . DADOS ARMAZENADOS NO APARELHO CELULAR. INAPLICABILIDADE DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI N. 9.296/96. PROTEÇÃO DAS COMUNICAÇÕES EM FLUXO. DADOS ARMAZENADOS. INFORMAÇÕES RELACIONADAS À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE. INVOLABILIDADE. ART. 5º, X, DA CARTA MAGNA. ACESSO E UTILIZAÇÃO. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 3º DA LEI N. 9.472/97 E DO ART. 7º DA LEI N. 12.965/14. TELEFONE CELULAR APREENDIDO EM CUMPRIMENTO A ORDEM JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO. DESNECESSIDADE DE NOVA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ANÁLISE E UTILIZAÇÃO DOS DADOS NELES ARMAZENADOS. RECURSO NÃO PROVIDO. I - O sigilo a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição da República é em relação à interceptação telefônica ou telemática propriamente dita, ou seja, é da comunicação de dados, e não dos dados em si mesmos. Desta forma, a obtenção do conteúdo de conversas e mensagens armazenadas em aparelho de telefone celular ou smartphones não se subordina aos ditames da Lei n. 9.296/96. II - Contudo, os dados armazenados nos aparelhos celulares decorrentes de envio ou recebimento de dados via mensagens

SMS, programas ou aplicativos de troca de mensagens (dentre eles o "WhatsApp"), ou mesmo por correio eletrônico, dizem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, sendo, portanto, invioláveis, no termos do art. 5º, X, da Constituição Federal. Assim, somente podem ser acessados e utilizados mediante prévia autorização judicial, nos termos do art. 3º da Lei n. 9.4472/97 e do art. 7º da Lei n. 12.965/14. III - A jurisprudência das duas Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos ("WhatsApp"), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, obtidos diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial para análise dos dados armazenados no telefone móvel. **IV - No presente caso, contudo, o aparelho celular foi apreendido em cumprimento a ordem judicial que autorizou a busca e apreensão nos endereços ligados aos corréus, tendo a recorrente sido presa em flagrante na ocasião, na posse de uma mochila contendo tablets de maconha. V - Se ocorreu a busca e apreensão dos aparelhos de telefone celular, não há óbice para se adentrar ao seu conteúdo já armazenado, porquanto necessário ao deslinde do feito, sendo prescindível nova autorização judicial para análise e utilização dos dados neles armazenados.**(RHC 77.232/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017. Grifos acrescidos)

O excelso ministro ressaltou sem seu voto que *“Isso porque se ocorreu a busca e apreensão da base física dos aparelhos de telefone celular, ante a relevância para as investigações, a fortiori, não há óbice para se adentrar ao seu conteúdo já armazenado, porquanto necessário ao deslinde do feito. Não está configurada, pois, qualquer ilicitude no acesso aos dados armazenados e na utilização das mensagens encontradas nos celulares apreendidos pela polícia, incluindo-se o pertencente à recorrente.”*

Em síntese, se o telefone celular foi apreendido em busca e apreensão determinada por decisão judicial, não há óbice para que a autoridade policial acesse o conteúdo armazenado no aparelho, é de que a proteção se refere a dados em trânsito, portanto, diferente da situação onde ocorre o acesso às mensagens no celular do preso em flagrante onde configura-se quebra de sigilo, sendo necessária ordem judicial

Entretanto, embora a autoridade policial esteja autorizada a ter acesso ao dados armazenados no celular apreendido, mesmo que a o mandado de busca e apreensão não tenha estabelecido essa possibilidade, para fins de proteção do direito fundamental à intimidade, e considerando que o aparelho celular atualmente, armazena uma vasta quantidade de informações pessoais, deve o Delegado de Polícia, representar por nova autorização judicial, a fim de evitar a declaração de nulidade das provas obtidas futuramente.

Frisa-se que tal possibilidade é mera recomendação, uma vez que existe arcabouço jurisprudencial suficiente para guarnecer a atuação da autoridade de policial que com fulcro em mandado de busca e apreensão realiza a extração de dados de celular apreendido.

Outra decisão importante, diz respeito à necessidade de se resguardar a segurança, a ordem pública e a disciplina prisional, sendo permitido o acesso dos dados e comunicações constantes em aparelhos celulares encontrados ilicitamente dentro do estabelecimento penal, pois a posse, o uso e o fornecimento do citado objeto são expressamente proibidos pelo ordenamento jurídico, sendo dispensada a reserva constitucional de jurisdição.

Conforme decidiu a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC nº 546.830/PR, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, em 09/03/2021, é permitido o acesso ao whatsapp, mesmo sem autorização judicial, em caso de telefone celular encontrado no interior de estabelecimento prisional, cuja a ementa é abaixo transcrita:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DE PROVA OBTIDA APÓS O ACESSO A APARELHO CELULAR ENCONTRADO NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL SEM A PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR RELATIVOS À TEMÁTICA SÃO INAPLICÁVEIS NA HIPÓTESE. DISTINÇÃO. NORMAS FUNDAMENTAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. RESTRIÇÃO IMPOSTA PELA ORDEM JURÍDICA. POSSIBILIDADE. POSSE, USO E FORNECIMENTO DE APARELHO TELEFÔNICO E SIMILARES DENTRO DE ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS. ILICITUDE MANIFESTA E INCONTESTÁVEL. IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL PREVISTA NO ART. 5º. INCISO XII, DA CF/1988. DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO PODEM SER UTILIZADOS PARA A SALVAGUARDA DE PRÁTICAS ILÍCITAS. PRESCINDIBILIDADE DE DECISÃO JUDICIAL PARA O ACESSO AOS DADOS CONTIDOS NO OBJETO. CONTROLE JUDICIAL POSTERIOR. ATUAÇÃO DA POLÍCIA PENAL E DO PODER JUDICIÁRIO EM CONFORMIDADE COM O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL E A REGRA DA VEDAÇÃO À SANÇÃO COLETIVA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. (...) 4. Nessa conjuntura, se é prescindível decisão judicial para a análise do conteúdo de correspondência a fim de preservar interesses sociais e garantir a disciplina prisional, com mais razão se revela legítimo, para a mesma finalidade, o acesso dos dados e comunicações constantes em aparelhos celulares encontrados ilicitamente dentro do estabelecimento penal, pois a posse, o uso e o fornecimento do citado objeto são expressamente proibidos pelo ordenamento jurídico. **Tratando-se de ilicitude manifesta e incontestável, não há direito ao sigilo e, por consequência, inexistente a possibilidade**

de invocar a proteção constitucional prevista no art. 5º, inciso XII, da Carta da República. Por certo, os direitos fundamentais não podem ser utilizados para a salvaguarda de práticas ilícitas, não sendo razoável pretender proteger aquele que age em notória desconformidade com as normas de regência. 5. O controle pelo Poder Judiciário será realizado posteriormente e eventuais abusos cometidos deverão ser devidamente apurados e punidos pelos órgãos públicos competentes. **6. No caso em questão, a Polícia Penal, durante procedimento de revista em uma das galerias do presídio, encontrou dois aparelhos celulares, "um escondido embaixo da escadaria próxima a porta do solário e outro em um vão aberto devido a corrosão no batente da ducha". Como não foi localizado, naquele momento, o segregado, que usava e tinha a posse de um desses objetos, os agentes acessaram o conteúdo ali existente, ocasião em que foram encontrados dados do Paciente em aplicativos instalados no referido aparelho. Identificado o Paciente, o Juízo das Execuções Penais, na audiência de justificação, homologou a falta disciplinar de natureza grave e revogou 1/9 (um nono) dos dias remidos. A atuação da Polícia Penal e do Poder Judiciário foi legítima, estando, inclusive, em conformidade com o princípio da individualização da execução penal e com a regra de que é vedada a sanção coletiva (art. 45, § 3º, da Lei n. 7.210/1984). Assim, não havendo ilicitude da prova obtida por meio do acesso ao aparelho celular, inexistente nulidade a ser sanada.** 7. Ordem denegada. (HC 546.830/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 22/03/2021. Grifos acrescidos)

Conforme salientou a Min. Relatora em seu voto, o uso de aparelho celular em presídios é expressamente proibido por lei, *“Assim, como a simples posse de celular, em tal âmbito, é ilegal, configurando falta grave apurada administrativamente, não há razoabilidade em se exigir prévia autorização judicial para o acesso ao respectivo conteúdo. Aliás, em tal situação, o controle pelo Juízo da Execução é realizado a posteriori, com audiência de justificação e decisão de homologação da falta grave”*.

Sendo assim, como a posse de aparelho celular é tida como falta grave, não seria razoável determinar autorização judicial para acesso aos conteúdos armazenados, uma vez que não é dado ao sujeito valer-se de sua própria torpeza, em outras palavras, a expressa constatação de um ilícito não clama incidência da cláusula de reserva de jurisdição, uma vez que, o próprio legislador já antecipou a ilicitude da situação, de modo que descabe ao judiciário neste ponto, intervir.

Cabe ressaltar que na referida decisão, diante do conflito existente entre os direitos à intimidade e a segurança prisional, optou a julgadora pela preponderância deste último, isto porque, a técnica de proporcionalidade garante a possibilidade de determinar a área de atuação, qual seja a apreensão do celular, quando estabelecido os meios e fins

necessários, quais sejam a garantia da ordem prisional e extração de conversas dos aparelhos apreendidos.

Vê-se que a proporcionalidade é importante ferramenta para fins de demarcação de limites de atuação do próprio poder público, pois conforme dito na decisão analisada, trata-se de ilicitude manifesta e incontestável, não havendo que se ater ao direito de sigilo e, por consequência, inexistente a possibilidade de invocar a proteção constitucional prevista no art. 5º, inciso XII, da Carta da República.

Entretanto, a situação em tela, apesar de ser caracterizada como manifesta e incontestável ilicitude, o próprio Superior Tribunal de Justiça estabelece parâmetros diferentes quando o assunto é atuação policial no crime de tráfico de drogas, muito embora este seja classificado como um crime permanente, onde sua consumação se protraí no tempo, havendo também manifesta ilicitude na sua existência, as relações do cotidiano parecem influenciar na sua apuração.

Em recente julgado a 6ª Turma do STJ, em sede de HC 695980-GO, de Relatoria do Ministro Antônio Saldanha Palheiro, estabeleceu que a violação de domicílio com base no comportamento suspeito do acusado, que empreendeu fuga ao ver a viatura policial, não autoriza a dispensa de investigações prévias ou do mandado judicial para a entrada dos agentes públicos na residência, conforme contido em ementa abaixo:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INGRESSO POLICIAL APOIADO EM ATITUDE SUSPEITA DO ACUSADO. FUGA NO MOMENTO DA ABORDAGEM. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO HC N. 598.051/SP. ILEGALIDADE FLAGRANTE. **1. Tendo como referência o recente entendimento firmado por esta Corte, nos autos do HC n. 598.051/SP, o ingresso policial forçado em domicílio, resultando na apreensão de material apto a configurar o crime de tráfico de drogas, deve apresentar justificativa circunstanciada em elementos prévios que indiquem efetivo estado de flagrância de delitos graves, além de estar configurada situação que demonstre não ser possível mitigação da atuação policial por tempo suficiente para se realizar o trâmite de expedição de mandado judicial idôneo ou a prática de outras diligências.** 2. No caso em tela, a violação de domicílio teve como justificativa o comportamento suspeito do acusado – que empreendeu fuga ao ver a viatura policial –, circunstância fática que não autoriza a dispensa de investigações prévias ou do mandado judicial para a entrada dos agentes públicos na residência, acarretando a nulidade da diligência policial. 3. Ademais, a alegação de que a entrada dos policiais teria sido autorizada pelo agente não merece acolhimento. Isso, porque não há outro elemento probatório no mesmo sentido, salvo o depoimento dos policiais que

realizaram o flagrante, tendo tal autorização sido negada em juízo pelo réu. 4. "Segundo a nova orientação jurisprudencial, o ônus de comprovar a higidez dessa autorização, com prova da voluntariedade do consentimento, recai sobre o estado acusador" (HC n. 685.593/SP, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/10/2021, DJe 19/10/2021) 5. Habeas corpus concedido para anular as provas decorrentes do ingresso forçado no domicílio e, por conseguinte, absolver o paciente. (STJ. 6ª Turma. HC 695.980-GO, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 22/03/2022. Grifos acrescidos)

Diante disso, muito embora o crime de tráfico de drogas seja um delito permanente, ainda assim não dispensa a existência de fundadas razões para atuação direta da Polícia ou de mandado judicial, isto é, nesta ocasião, diferentemente da situação apresentada previamente, onde o simples fato de deter aparelho celular em estabelecimento prisional implica em flagrante ilicitude e conseqüentemente dispensa autorização judicial para acesso conteúdo em celular, a intervenção policial no crime de tráfico de drogas, necessita da comprovação de fundadas suspeitas para que justifique a atuação policial e conseqüentemente a validação do flagrante.

O que se pode estabelecer diante das duas situações é que em sede de de execução penal, o indivíduo teve sua presunção de inocência afastada por sentença condenatória transitada em julgado, sendo pois, submetido a um novo regime disciplinar com regras próprias, diferentemente do sujeito que se encontra em liberdade, o qual além de possuir guarida de inviolabilidade de domicílio também milita a seu favor a presunção de inocência.

Deste modo, deve a autoridade policial agir de maneira a resguardar a presunção de inocência dos investigados, atendo-se aos estritos limites impostos pela Constituição Federal, de modo que sua ação deve-se pautar-se sempre na comprovação de fundadas razões da existência de um ilícito, de modo a salvaguardar direitos de toda a sociedade, a qual, igualmente não pode alegar a prática de ilícitos como forma de defender-se da ação estatal.

Pelo exposto, percebe-se que a jurisprudência do STJ tem caminhado no sentido de prescindibilidade de autorização judicial quando as diligências forem necessárias ao deslinde do feito, sendo consequência da atividade policial, ou seja, a investigação policial quando originada de informações obtidas por setores de inteligência ou mediante diligências prévias devidamente comprovadas, não há que se falar em constrangimento

ilegal, mas sim em exercício regular da atividade investigativa, o que não afasta a incidência da cláusula de reserva de jurisdição quando tais diligências representarem verdadeira ofensa direta aos direitos e garantias fundamentais.

5. CONCLUSÃO

Em primeiro lugar a pesquisa revelou que o Poder de Requisição do Delegado de Polícia além de ser constitucional, também é considerado como importante ferramenta na condução da atividade investigativa, isso porque, a requisição de dados e informações de suspeitos, além de ser atendida diretamente pelos órgãos responsáveis, também prescinde de autorização judicial, justamente porque tal prerrogativa é inerente às funções investigativas.

E como visto no decorrer do trabalho, as funções investigativas, embora não estejam catalogadas em código próprio, são realizadas pela autoridade policial com fulcro em sua discricionariedade, isto é, cabe ao chefe das investigações conduzir os trabalhos a fim de elucidar autoria e materialidade dos ilícitos praticados.

E neste aspecto, constantemente, a atividade investigativa termina por restringir certas garantias fundamentais dos investigados, isso porque, inúmeros são os artifícios existentes para blindar a responsabilidade penal. Nesse cenário, faz-se necessário observar a cláusula de reserva de jurisdição, a qual, é importante garantia dada à sociedade que apenas pode ter suas garantias fundamentais restringidas por ordem judicial.

Entretanto, a pesquisa revelou que existem certas hipóteses em que o consentimento judicial prévio é prescindível, com fundamento na necessidade de celeridade das informações necessárias bem como nos contornos definidos pela jurisprudência, a qual estabelece a liberdade investigativa regrada da autoridade policial.

Também, conclui-se que o Poder Requisitório da autoridade policial, está contido não apenas nos arts. 13-A e 13-B do Código de Processo Penal, mas também encontra guarida na legislação esparsa, a qual passa a estabelecer que a requisição da autoridade policial é importante mecanismo célere investigativo.

Por fim, conforme exposto, nada impede que o Delegado de Polícia, ao seu juízo de proporcionalidade, realize o próprio controle de suas investigações, sem prejuízo de correção do Ministério Público e do Poder Judiciário, a fim de salvaguardar os direitos e garantias dos investigados e da própria sociedade.

6. REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti. **O inquérito policial em questão – situação atual e a percepção dos delegados de polícia sobre as fragilidades do modelo Brasileiro de investigação criminal.** Revista Sociedade e Estado, vol. 26 nº 1 Brasília Jan/ Abr. 2011. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&id=S0102-69922011000100004>. Acesso em 16 de julho de 2022

BARBOSA, Ruchester. **Controle de Convencionalidade pelo Delegado de Polícia.** Canal Ciências Criminais. Disponível em:<https://canalcienciascriminais.com.br/controle-de-convencionalidade-pelo-delegado-de-policia/#_ednref10>. Acesso em: 11/08/2022

CAETANO, Ana Paula Souza. **As inovações trazidas pela lei nº 13.344: ampliação do poder requisitório do delegado e a ADI nº 5642.** Disponível em <<https://juridicocerto.com/p/advapsc/artigos/as-inovacoes-trazidas-pela-lei-no-13-344-ampliacao-do-poder-requisitorio-do-delegado-e-a-adi-no-5642-3895>>. Acesso em 22 de julho de 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª edição, Almedina, 2003

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Inquérito policial é indispensável na persecução penal.** Revista Consultor Jurídico, dez.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-01/inquerito-policial-indispensavel-persecucao-penal>>. Acesso em 01 de novembro de 2022.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Missão da Polícia Judiciária é buscar a verdade e garantir direitos fundamentais.** Revista Consultor Jurídico, jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-14/academia-policia-missao-policia-judiciaria-buscar-verdade-garantir-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 14 agosto de 2022

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O STF pode, de ofício, arquivar inquérito quando, mesmo esgotados os prazos para a conclusão das diligências, não foram reunidos indícios mínimos de autoria ou materialidade.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/60131a2a3f223dc8f4753bcc5771660c>>. Acesso em: 24/10/2022

CÓRDOBA, Gabriela E. **Nemo tenetur se ipsum accusare: principio de pasividad.** In **Estudios sobre justicia penal:** homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005,

DIGIÁCOMO, José Murilo e DIGIÁCOMO, Eduardo. **Comentários à Lei nº 13.431/2017. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente e da Educação do Ministério Público do Estado do Paraná.** 2018

DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2018

EI ADN como método de identificação em el processo penal. Revista do Ministério Público de Lisboa, Lisboa, v. 33, n. 132, 2012

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010,

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação**. 11ª Ed: São Paulo. Editora Gen Jurídico, 2010,

GRINOVER, Ada Pellegrini, et alii. **As nulidades no processo penal**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

JASMONTAITE, Lina; BURLOIU, Valentina Pavel. **Lithuania and Romania to Introduce Cybersecurity Laws. In: Privacy, Data Protection and Cybersecurity in Europe**. Cham: Springer, 2017

JUNIOR LEITÃO, Joaquim; BIFFE JUNIOR, João. **Prova penal de conversas do Whatsapp obtidas sem autorização**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4799, 21 ago. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51391>>. Acesso em: 24 jul. 2022.)

KNIJNIK, Danilo. **A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do século XXI**. Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, ano 2, número 4. Porto Alegre/RS, 2016

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Editora JusPodivm. Salvador. 2020

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

LUXARDO, Alan. **AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO DELEGADO DE POLÍCIA E POSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO DA TIPICIDADE, ILICITUDE E CULPABILIDADE EM SEDE POLICIAL.SINDEPOLRJ**.Disponível<<http://sindelpolrj.com.br/artigo/autonomia-e-independ-ncia-funcional-do-delegado-de-pol-cia-e-possibilidade-de-valora-o-da-tipicidade-ilicitude-e-culpabilidade-em-sede-policia-alan-luxardo>>, acesso em 12/06/2022

MELO, Valber. BROETO, Felipe Maia. **Perp Walk: a exposição do preso e o efeito penal sedante**.Disponível<<https://www.conjur.com.br/2019-mai-19/opiniao-perp-walk-exposicao-presos-efeito-penal-sedante>>. Acesso em 27/06/0222

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. - 4. ed. rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2009

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 20ª Ed. São Paulo. Editora Gen Jurídico, 2017

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25ª Ed. São Paulo: Editora Gen Jurídico, 2021

PEREIRA, Frederico Valdez; Fischer, Douglas. **As Obrigações Processuais Penais Positivas Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 9ª Ed: São Paulo. Editora Saraiva Jur, 2022

SANNINI, Francisco. **Delegado de Polícia e o Direito Criminal: Teoria Geral do Direito de Polícia Judiciária**. Editora Mizuno. 2022, p. 37

SILVA, Lilian Ponchio; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Pedofilia e abuso sexual de crianças e adolescentes**. São Paulo: Saraiva, 2014

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 10ª ed. São Paulo: Editora Gen Jurídico, 2020

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. – Salvador: Editora Podivm, 2019

WALCHER, Guilherme Gehlen. **A garantia contra a autoincriminação no Direito brasileiro: breve análise da conformação do princípio nemo tenetur se detegere à luz da jurisprudência nacional e estrangeira**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Guilherme_Walcher.html> Acesso em: 26 out. 2022.

ZANOTTI, Bruno Taufner. **Delegado de Polícia em Ação: Teoria e Prática no Estado Democrático de Direito**. 7ª Ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021