RHC 51.531 aborda a ponderação de valores pelo delegado de polícia

Ao adotar o sistema acusatório como sistema processual penal norteador da *persecutio criminis* no Estado Democrático de Direito, o ordenamento Constitucional definiu muito mais do que a divisão entre as funções de julgar, acusar e defender. Delineou os órgãos que deverão exercer funções essenciais de acesso à justiça *lato sensu*.

Desta forma, nosso constituinte entendeu necessário distinguir o órgão com a função de investigar, outro de acusar paralelamente a outro de defender, por uma questão de paridade de armas, e o de julgar. Por oportuno, a função investigatória da polícia judiciária se serve da mesma função garantista de escopo *"essencial à justiça"*, reconhecidamente declarada pela doutrina[1], ainda que organicamente prevista no capítulo "Da Segurança Pública", na Constituição.

Neste diapasão, atribuiu-se ao Estado-investigação, representado pelo delegado de polícia, um feixe de poderes-deveres meios, muitas das vezes de natureza decisória e também cautelar para consecução dos fins da investigação criminal, qual seja a apuração a verdade eticamente construída da infração penal e dos indícios de sua autoria.

Para entendermos este feixe de atribuições da polícia judiciária devemos mergulhar sobre o princípio da reserva da jurisdição, um tema, quando não banalizado, pouquíssimo estudado pela nossa doutrina. É através deste estudo que poderemos compreender o alcance da recente decisão do STJ no RHC 51.531/RO, a despeito da apreensão de aparelho *smartphone* e conteúdo de conversas de aplicativos como WhatsApp.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A Constituição da República adotou um sistema de reserva absoluta e relativa da jurisdição, ou seja, na investigação criminal haverá medidas que deverão ser decididas exclusivamente pelo Estado-juiz, hipótese de reserva absoluta, e outras medidas decididas pelo Estado-investigador, hipótese de reserva relativa, que passa por um controle posterior do Estado-juiz, conforme as lições de Canotilho, na qual o juiz não possui o monopólio da primeira palavra, mas sim da última, distinto do que ocorre na reserva absoluta da jurisdição, na qual o juiz possui a primeira e última palavra sobre uma decisão.

Insta salientar, que este controle posterior em algumas vezes será de ofício e em outras ocasiões somente quando provocado, que na nossa visão, deve ser comunicado ao judiciário imediatamente após a decisão que demande questão de alta indagação, como a decisão por restrição ou privação de direitos de ir e vir, face ao necessário atendimento ao um sistema de dupla cautelaridade[2], mecanismo que defendemos também em trabalho publicado recentemente na obra *Estudos sobre o papel da Polícia Civil em um Estado Democrático de Direito.*[3]

Este sistema também é apontado por Luiz Flávio Gomes[4], que, nos citando em artigo de sua lavra sobre audiência de custódia, deixa clara a sua manifestação pela total constitucionalidade de se reconhecer o poder decisório pelo delegado, que por sua vez, possui natureza de uma contracautela[5].

Por uma questão de simples coerência, se a doutrina é uniforme em entender que a liberdade provisória é uma espécie de medida cautelar ou contracautela, consequentemente a conclusão lógica é a de que se o delegado de polícia determina a lavratura do auto de prisão em flagrante e concede liberdade provisória mediante fiança, por exemplo, estaremos diante de duas decisões de naturezas cautelares. Seja emanado por autoridade administrativa[6] ou não, o rótulo não altera o conteúdo e a finalidade. A bem da verdade a função de cautelaridade exercida pelo delegado possui natureza judicial[7], em razão de sua função judicial atípica de aplicar a lei à casos concretos, ainda que em cognição sumária exatamente como são as funções judiciais meio ou cautelares.

Não é por outra razão que defendemos há muito tempo que o delegado de polícia não é uma figura autômata no âmbito da investigação criminal, pois a todo instante exerce função imanente de decidir, e uma das mais importantes, que dá sentido à sua função democrática, além da exclusiva função de investigar[8], é assegurar a autocontenção do poder do Estado no *ius persequendi* dos fatos e a efetivação das garantias fundamentais do investigado, como por exemplo, decidir pela não lavratura do auto de prisão em flagrante por estar calçada em prova ilícita, exercendo o papel de verdadeira autoridade de garantias[9], exteriorizando, neste *mister*, função materialmente judicial, que não se confunde com a estritamente jurisdicional, segundo interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos[10].

Há um mito de que todas as garantias fundamentais para serem afastadas dependam única e exclusivamente de uma decisão primeira do judiciário, não havendo dúvidas que seja esta a regra, mas, nem mesmo nas lições de Canotilho encontramos monopólio da jurisdição como fundamento aos meios investigatórios, ou seja, uma sempre e necessária autorização prévia do juiz para todos os atos do Estado-investigação na salutar atividade precípua de construção da verdade processual permitida pela Constituição, qual seja de uma justa causa constitucional.

Qualquer medida ou mecanismo que vislumbre a reconstrução histórica dos fatos com o fim de se

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

delinear a responsabilidade criminal em sede de investigação criminal é um caminhar para atos invasivos na esfera da intimidade do investigado e, sobre isso, não há dúvida que há medidas invasivas à intimidade, que estão autorizadas por nosso ordenamento constitucional pela polícia judiciária.

A questão é: que desenho constitucional adotamos? Reserva absoluta ou relativa da jurisdição? Todos os atos de polícia judiciária devem possuir controle prévio do judiciário? Qual o aspecto temporal dos atos invasivos? Existe ponderação de valores ou pertinência temática da prova (a ser preservada) com o fato flagrancial a ser analisado pelo Delegado?

A reposta gira em torno do que se entende por reserva da jurisdição. Nas lições de Canotilho, ela se divide em relativa e absoluta. A distinção em síntese, consiste, em se compreender que na absoluta a ingerência na esfera subjetiva das pessoas é realizada primeiramente pelo juiz, na qual é garantida a revisão desta decisão no próprio âmbito do judiciário. Trata-se, portanto, o que ele denomina de esfera da primeira e última palavra pelo Judiciário. Em outros termos, o judiciário é o primeiro a ser chamado a decidir e em caso de discordância daquele, secundo o qual a decisão foi desfavorável, poderá se socorrer pelo mesmo poder judiciário, porém em instância distinta, como responsável pela revisão daquela decisão primeira, exercendo, assim, a última palavra.

Na reserva relativa a ingerência na esfera subjetiva de terceiro é realizada por um particular ou por outra autoridade pública, podendo ser revisada pelo judiciário, consoante os ensinamentos de J.J. Gomes Canotilho[11]:

> "Esta garantia de justiça tanto pode ser reclamada em casos de lesão ou violação de direitos e interesses particulares por medidas *e decisões de outros poderes e autoridades públicas (monopólio da última palavra contra actos do Estado)* como em casos de litígios particulares e, por isso, carecidos de uma decisão definitiva e imparcial juridicamente vinculativa (monopólio da última palavra em litígios jurídicos-privados)" (Destaque nosso).

A conclusão do estudo do renomado constitucionalista português nos permite inferir de que a Constituição definirá quais direitos estarão sob a exige de uma reserva absoluta e quais sob a reserva relativa. Esta distinção é de suma importância para definir o liame dos atos do Estado-investigação como ator da primeira palavra, não obstante, como já dito, ser o judiciário o detentor, sempre, da última palavra.

Ao Estado-investigação é permitido enveredar por medidas invasivas, e que eventualmente, estejam relacionados ao sopesamento de garantias individuais contrapostas ao dever de agir do delegado como Estado dentro dos feixes de poderes-deveres meios que não estejam sob a reserva relativa, como por exemplo a interceptação das comunicações telefônicas e de dados, na qual a Constituição definiu como hipótese de reserva absoluta, no entanto, como já dissemos acima, a liberdade provisória está no âmbito da reserva relativa, bem como a quebra de sigilo de dados cadastrais telefônicos, e seus registro com horários e durações das chamadas efetuadas e recebidas, consoante posicionamentos do STJ[12] e recentíssimo do STF[13] e registro de chamadas efetuadas e recebidas dos telefones apreendidos pela polícia em flagrante delito, conforme orientação do STJ[14] e STF[15], pelos quais, consoante se depreende do artigo 5º, XII, da Constituição, deve-se distinguir os dados registrais em si com interceptação de dados.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Até mesmo a busca e apreensão domiciliar é muito bem delineada sobre o que está sobre a reserva absoluta e relativa de jurisdição, haja vista que o próprio constituinte originário autorizou nas hipóteses de flagrante delito a decisão sobre a busca tenha como primeira palavra o Estado-investigação, sem prejuízo de controle posterior, com escopo igualmente constitucional, conforme se depreende do artigo 5º, XXXV, CF, e as necessidades de busca fora deste contexto, a primeira palavra se atribuiu ao judiciário, face a previsão expressa, consoante disposto no artigo 5º, XI, CF.

Eis que surge então as denominadas provas de terceira geração, que consistem em "provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais"[16], pelos quais estariam abrangidas neste conceito os dados de telecomunicações de acesso à internet obtidos por meio da utilização das multifuncionalidades dos celulares *smartphones*.

Sob qual modalidades de reserva da jurisdição estaríamos diante, quando da apreensão de equipamentos desta natureza com suspeitos de um crime em uma circunstância de flagrante delito? Este tema veio a lume de forma inovadora no HC 51.531/RO e difundido nas redes sociais com manchetes chamando atenção à necessidade de ordem judicial para acesso aos telefones *smartphones* apreendidos em circunstância de flagrante delito. Não é bem assim.

Poucos se atentaram ao voto da ministra Maria Thereza, que nos parece caminhar exatamente na lógica desenvolvida aqui e como bem citou o professor e advogado doutor Bruno Espiñeira Lemos, responsável pela tese no âmbito do STJ, colega colunista do Canal Ciências Criminais[17], que ao analisar o caso com outros precedentes da Suprema Corte Norte-americana, do Canadá e Espanhola, percebeu-se que no caso concreto analisado pelo STJ inexistia o "elemento de urgência no acesso aos aparelhos celulares, que sustentariam a extensão do poder ínsito à prisão em flagrante".

Em outras palavras, o mesmo elemento *urgência* que autoriza a polícia ingressar em domicílio para efetuar prisão em flagrante, bem como autoriza a própria segregação cautelar de uma pessoa pelo delegado de polícia, tendo sido considerado pelo constituinte originário, em um critério de ponderação de valores, meio urgente, necessário e proporcional em sentido estrito, a ensejar este ato do Estado sem prévia autorização judicial, sob pena de ineficácia concreta de proteção à vítima, como pessoa humana.

É sob o mesmo critério que devamos analisar o caso concreto quando o delegado decidir pela apreensão de smartphones multifuncionais, inclusive, para se compreender o alcance da proteção da reserva da intimidade consagrada no artigo 5º, X, da Constituição, que neste caso, sequer restringiu os atos da polícia judiciária à autorização prévia judicial, restando clara a opção da nossa constituição pela ponderação sob reserva absoluta ou relativa de jurisdição.

Não é por outro motivo que a apreensão de aparelhos smartphones nestas mesmas circunstâncias, havendo indícios de prática delituosa realizada com estes equipamentos como instrumentos para o crime ínsito ao fato criminoso em circunstância flagrancial, como por exemplo, uma extorsão utilizando este equipamento, não restariam dúvidas de que a mesma proteção à casa como asilo inviolável em prol da reserva da intimidade de seu morador pelo constituinte foi ponderada com o dever de se interromper a ação criminosa em proteção urgente à vítima como pessoa humana, a intimidade contida nos smartphones não poderão sobrepor-se à ação urgente, necessária e proporcional à proteção da vítima em

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

situações flagranciais, sob pena da autorização prévia tornar inefetiva a proteção do Estado à uma pessoa humana na qualidade de vítima, que possui o mesmo direito à vida, liberdade e bens que a pessoa humana do detido. Neste caso, a proteção de bens em mesma hierarquia autoriza o Estado-investigação agir dentro do feixe de atribuições que lhe cabe na reserva relativa de jurisdição.

É por esta razão, ou seja, pela necessidade de uma análise contextualizada entre a ciência policial e as ciências criminais que o Delegado de Polícia deve ter como exigência para sua função o conhecimento na área policial e jurídica, denotando ser este o espírito da norma contida no artigo 2º, parágrafo 6º da Lei 12.830/13, qual seja de uma função exercida com independência funcional para não somente a subsunção dos fatos ao caso concreto, mas também a ponderação de valores e otimização das regras através dos princípios, como órgão que compõe a estrutura de função essencial de acesso a uma ordem jurídica penal justa.[18]

[1] NICOLITT, Manual de Processo Penal, 5ªed., São Paulo: RT, p. 172[2] BARBOSA, Ruchester Marreiros; et al, Cood. Geral, DELGADO, Ana Paula Teixeira; MELLO, Cleyson de Moraes; PACHECO, Nívea Maria Dutra. As Novas Fronteiras do Direito Estudos Interdisciplinares em Homenagem ao Professor Francisco de Assis Maciel Tavares. In Audiência de Custódia (Garantia) e o Sistema da Dupla Cautelaridade Como Direito Humano Fundamental. Juiz de Fora: Editar, 2015, p. 176 e 177.
[3] BARBOSA, Ruchester Marreiros et al. Estudos sobre o papel da Polícia Civil em um Estado Democrático de Direito. Org. SOUZA, David Tarciso Queiroz de e Gusso, Rodrigo Bueno, Santa Catarina: Empório do Direito, 2016, p. 197
[4] GOMES, Luiz Flávio. Disponível em <http://luizflaviogomes.com/nucci-como-juiz-rasgou-a-convencao-americana/>, acesso em 06/12/2015.
[5] TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 10ª Ed. Bahia: JusPodivm, 2015, p. 920.
[6] RAMOS, João Gualberto Garcez. A tutela de urgência no processo penal brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 260

[7] BARBOSA, Ruchester Marreiros. *Limite à análise da liberdade pelo delegado viola direitos humanos*. Este texto revela o alcance da lei aplicada ao caso concreto pelo delegado de polícia através do controle de convencionalidade.
[8] STF, RE 593.727. Nesta repercussão geral o STF, com diversos votos díspares, decidiu que o Ministério Público poderia exercer a função investigativa, porém os Ministros entenderam que deveria ser exercida a função de forma subsidiária à polícia judiciária e outros foram omissos, o que ensejou oposição de embargos de declaração, que aguarda julgamento.
[9] BARBOSA, Ruchester Marreiros, Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre: Síntese, v.13, nº 74, jun./jul. 2012, p. 26 a 28. Sugerimos no referido artigo científico a alteração do nome Delegado de Polícia para Autoridade de Garantias, por não mais subsistiram as razões do termo empregado hoje, apesar de ser ainda empregada não só pelo projeto do novo código de processo penal, como também pelo art. 144, § 4º, da CRFB/88.
[10] Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C N.218, pag. 108, disponível:

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf>, acesso em 08 de agosto de 2014.
[11] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7.ed. Almedina: Ed. Almedina, p. 584.
[12] HC 131.836/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, em 04/11/2012 e MS 21.729, Pleno, 5.10.95, red. Néri da Silveira
[13] HC 124.322/RS, Rel. Min. Luiz Roberto Barroso, em 29.09.2015, em decisão denegatória de liminar.
[14] HC 210.276/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, a Quinta Turma, em 26.06.12
[15] HC 91867/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, em 24.04.12
[16] KNIJNIK, Danilo. Temas de direito penal, criminologia e processo penal. A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do Século XXI. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 179, apud, voto-vista do Min. Rogério Schietti, no HC 51.531/RO, p. 8.
[17] LEMOS, Bruno Espiñeira. RHC 51.531/RO/Decisão histórica do STJ. Revista Canal Ciências Criminais. Disponível em: http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/rhc-51-531ro-decisao-historica-do-stj/, acesso em 23/05/2016
[18] BARBOSA, Ruchester Marreiros. *Novo CPC é garantia de acesso à uma ordem jurídica penal justa*.

Date Created
24/05/2016

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.