

Delegado de polícia pode acessar dados sem autorização judicial



Henrique Hoffmann
delegado da Polícia Civil do PR

Como se sabe,[\[1\]](#) nem toda restrição de direitos fundamentais depende de

prévia ordem judicial. Em algumas situações, a Constituição não deixou opções: assiste ao Judiciário não apenas o direito de proferir a última palavra, mas sobretudo de dizer a primeira,[\[2\]](#) tratando-se de reserva absoluta de jurisdição.[\[3\]](#) É o que ocorre quanto à busca e apreensão domiciliar (artigo 5º, XI da CF) e à interceptação telefônica (artigo 5º, XII da CF).

Todavia, em outras situações a Lei Maior deixou margem para o legislador, que pode exigir autorização judicial anterior, tal como ocorre na infiltração policial virtual (artigo 290-A, I do ECA) [\[4\]](#), ou outorgar a outra autoridade o poder de decisão, a exemplo destruição de plantações ilícitas de drogas pelo delegado de polícia (artigo 32 da Lei 11.343/06). Com efeito, o panorama constitucional revela que nem sempre se demanda chancela judicial prévia, o que em nada ofende o princípio da separação dos poderes ou tampouco afeta o posterior controle ulterior do Judiciário — que permanece com o monopólio da última palavra, em atuação exclusiva (reserva relativa de jurisdição).

No âmbito da persecução penal, o legislador atribuiu ao delegado de polícia a possibilidade de adotar *manu propria* uma série de medidas, a exemplo da prisão em flagrante (artigo 304 do CPP), a liberdade provisória com fiança (artigo 322 do CPP), a apreensão de bens (artigo 6º, II do CPP), a requisição de perícias, objetos e documentos (artigo 6º, VII do CPP e artigo 2º, §2º da Lei 12.830/13), a requisição de dados cadastrais (artigo 15 da Lei 12.850/13, artigo 17-B da Lei 9.613/98, artigo 10, §3º da Lei 12.965/14 e artigo 13-A do CPP), a requisição de dados telefônicos de localização (ERBs) após decurso de 12 horas sem decisão judicial (artigo 13-B do CPP), a busca pessoal (artigo 240, §2º do CPP), a condução coercitiva (artigo 201, §1º, 218, 260 e 278 do CPP), a ação controlada no crime organizado (artigo 8º, §1º da Lei 12.850/13), terrorismo (artigo 16 da Lei 13.260/16) e tráfico de pessoas (artigo 9º da Lei 13.344/16), o aceite de colaboração de detetive particular (artigo 5º, parágrafo único da Lei 13.432/17) e o afastamento de servidor público mediante indiciamento por crime de lavagem de capitais (artigo 17-D da Lei 9.613/98). O legislador pode inclusive ampliar esse rol de atribuições, desde que não haja reserva absoluta de jurisdição estampada na Constituição.[5]

Destarte, o desenho constitucional adotado indica que nem sempre os atos investigatórios devem possuir chancela prévia do Judiciário. Não se extrai da Constituição ou da legislação infraconstitucional a necessidade de autorização judicial para qualquer requisição ou análise de bens e dados pelo Estado-Investigação, na salutar atividade de construção da verdade.[6]

É certo que as informações que evidenciam aspectos personalíssimos dos cidadãos são sigilosas e devem ficar fora do alcance de bisbilhoteiros. Nessa esteira, a Constituição protege a intimidade e a vida privada (artigo 5º, X da CF), que abrangem uma série de dados pessoais (a exemplo dos bancários e fiscais e de internet), e também a comunicação de dados (artigo 5º, XII da CF), seja telefônica, telemática ou por outro meio.

No caso das comunicações, a própria Constituição impõe a necessidade de ordem judicial para sua captação, existindo cláusula absoluta de reserva de jurisdição. Já quanto aos dados englobados pela intimidade e privacidade, o texto constitucional foi silente, sendo necessário conferir a legislação infraconstitucional. Em outras palavras, a cláusula absoluta de reserva de jurisdição limita-se à comunicação dos dados (artigo 5º, XII da CF – informações dinâmicas), e não aos dados em si (artigo 5º, X da CF – informações estáticas), que possuem proteção distinta, conforme entendimento dos Tribunais Superiores.[7] A não ser que a lei estabeleça expressamente o contrário, os dados podem ser acessados diretamente pela autoridade investigadora (delegado de polícia) ou acusadora (membro do Ministério Público), independentemente de ordem judicial.

Nesse ponto, importante fazer uma distinção básica. O sigilo não se confunde com cláusula de reserva de jurisdição.[8] O fato de o dado ser sigiloso, por dizer respeito à intimidade e vida privada, não significa que necessariamente demande prévia ordem judicial para ser acessado. Diferentemente da comunicação de dados, a Constituição não pediu obrigatoriamente outorga judicial para acesso aos dados em si, não permitindo que a privacidade se equiparasse a uma intangibilidade informacional que inviabilizasse a persecução penal.

Ou seja, o legislador ordinário pode perfeitamente admitir o acesso direto, por algumas autoridades (mediante poder requisitório) e no interesse da investigação criminal, a certos dados sigilosos. Esse acesso direto pela autoridade estatal não ocorre por simples curiosidade e não torna o torna público o

dado, não lhe retirando o segredo. Em outras palavras, o conhecimento da informação pelo Estado-Investigação não acarreta sua publicização, que continuará longe dos olhos de curiosos. Tais dados não são blindados por um sigilo tão rígido que exija ordem judicial para ser quebrado, e ao mesmo tempo não são completamente desprovidos de segredo (não são públicos) — ficando inacessíveis à população em geral. Longe de configurar mero capricho estatal, traduz o cumprimento do dever de investigação criminal e garantia da segurança pública, sem olvidar dos direitos fundamentais.

Logo, o dado pode ser classificado conforme o segredo em: a) público: acessível por qualquer pessoa; b) sigiloso de 1º grau (sigilo normal): franqueado à autoridade administrativa mediante poder de requisição; c) sigiloso de 2º grau (sigilo reforçado): obtido somente através de autorização judicial.

Vejamos o tratamento legislativo com relação aos principais tipos de dados.

No que tange aos dados cadastrais registrados em bancos de dados (públicos ou privados), trata-se de informações referentes à identidade (nome, nacionalidade, naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, RG, CPF, filiação e endereço), não revelando aspectos profundos da vida privada ou da intimidade do indivíduo, estando mais distantes desse núcleo de proteção.^[9] Os órgãos públicos e privados possuem o dever de fornecerem tais informações à Polícia Judiciária e ao Ministério Público independentemente de ordem judicial (artigo 2º, §2º da Lei 12.830/13, artigo 15 da Lei 12.850/13, artigo 17-B da Lei 9.613/98 e artigo 10, §3º da Lei 12.965/14 e artigo 13-A do CPP).

Acerca dos dados financeiros e fiscais, que evidenciam muito sobre a vida particular do indivíduo, leis específicas os resguardaram (artigo 1º da Lei Complementar 105/01 e artigo 198 do CTN), exigindo chancela do Judiciário para seu acesso pela Polícia Judiciária e Ministério Público, mas excepcionando a CPI (artigo 58, §3º da CF e artigo 4º, §1º da LC 105/01) e o Fisco (artigo 5º da LC 105/01 e artigo 198, §1º, II do CTN).^[10]

Em relação aos dados telefônicos, não depende de prévia autorização judicial o acesso pela autoridade policial à agenda eletrônica e aos registros de ligações (histórico de chamadas).^[11] De igual forma, é lícita a requisição junto à operadora de telefonia, pelo delegado de polícia, de dados de localização pretéritos (ERBs às quais o investigado se conectou com o celular).^[12] Todos esses dados são estáticos e não revelam o teor de qualquer comunicação. Todavia, para a obtenção de dados de localização em tempo real, o legislador, que poderia ter deixado o acesso na esfera exclusiva do poder requisitório da autoridade de Polícia Judiciária (pois tais informações não revelam o conteúdo da comunicação), exigiu autorização judicial (artigo 13-B do CPP) para investigação do crime de tráfico de pessoas (artigo 149-A do CP), que pode ser dispensada se não houver manifestação judicial no prazo de 12 horas, em verdadeira *cláusula de reserva de jurisdição temporária*.^[13]

Quanto aos dados telemáticos (decorrentes do uso combinado da telecomunicação e informática) armazenados nos mais variados suportes físicos (aparelho celular, computador, *tablet*, *pen drive*, HD externo, DVD), que em princípio poderiam ser acessados pelas autoridades sem prévia ordem judicial por não existir restrição constitucional, o Marco Civil da Internet estabeleceu cláusula de reserva de jurisdição também para mensagens de correio eletrônico armazenadas (artigo 7º, III da Lei 12.965/14) e registros de conexão e de acesso a aplicações de internet (artigo 10, §1º da Lei 12.965/14). Ou seja, o legislador foi além, e tratou a obtenção de dados telemáticos com maior rigor do que seria preciso segundo a leitura da Constituição, talvez por ter em mente que esses dados contêm em si o próprio teor



da comunicação.

Pois bem. Questão que deve ser enfrentada é o acesso a dados armazenados em aparelho apreendido pelo delegado de polícia, seja em decorrência de prisão em flagrante ou busca e apreensão domiciliar. É preciso verificar a necessidade ou não de ordem judicial para acesso a dados telefônicos ou telemáticos.

No que concerne aos dados telefônicos, seja o equipamento apreendido em busca e apreensão domiciliar (autorizada judicialmente), seja em prisão em flagrante (sem autorização judicial), pode o delegado de polícia extrair os dados por autoridade própria, como visto.

Com relação aos dados telemáticos, caso o equipamento seja apreendido em busca e apreensão domiciliar, o próprio mandado judicial já faculta o acesso às informações.^[14] Nada impede, claro, que o delegado solicite expressamente em sua representação pela autorização para tanto.

A maior polêmica reside na obtenção de dados telemáticos de aparelho apreendido em decorrência de prisão em flagrante.

Parte da doutrina entende dispensável a chancela judicial para verificar mensagens guardadas no celular de indivíduo capturado em flagrante, considerando que o policial toma conhecimento da informação não por mero capricho, mas por obrigação constitucional e legal de apurar as infrações penais.^[15] Além do mais, a possibilidade de o suspeito apagar os dados remotamente (que não havia excluído de antemão, demonstrando ausência de expectativa de privacidade) reclama rapidez investigativa, incompatível com a exigência de ordem judicial. E o fato de a Polícia Judiciária acessar diretamente o dado não o torna público — permanece sigiloso e longe dos olhos de curiosos.

No entanto, para a corrente encampada pela jurisprudência, em regra o delegado de polícia precisa de autorização judicial para acessar dados telemáticos. Além das mensagens de *email*, dependem de prévia ordem judicial (exigência estabelecida pelo Marco Civil da Internet) as mensagens curtas de texto (SMS) e as mensagens em aplicativos (ex: *whatsapp*),^[16] englobando não apenas escritos, mas também imagens, vídeos, sons ou informações de qualquer natureza.^[17] Isso porque o acesso a informações como fotos, vídeos, histórico de sítios eletrônicos acessados e de locais visitados pode revelar muito mais sobre a pessoa do que uma minuciosa busca em sua residência, inserindo-se a discussão no chamado direito probatório de 3ª geração. Apenas excepcionalmente, em situações urgentes nas quais a obtenção de um mandado judicial possa trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à vítima do delito (ex: sequestro), pode a Polícia Judiciária obter diretamente os dados. Obviamente, quando o proprietário autorizar o acesso às informações, pode ser feito pela Polícia Judiciária.^[18]

Uma coisa é certa: a obtenção de dados pelo delegado de polícia na presidência da investigação criminal, seja por autoridade própria (dados cadastrais ou dados telefônicos), seja mediante chancela judicial (dados financeiros e fiscais, ou dados telemáticos), é medida imprescindível na busca imparcial da verdade.

[1](http://bit.ly/stfdadosacesso) Aula sobre o tema ministrada na TV Justiça do Supremo Tribunal Federal pode ser acessada em: bit.ly/stfdadosacesso



2 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2003, p.664.

3 RANGEL, Paulo Castro. Reserva de jurisdição: sentido dogmático e sentido jurisprudencial. Porto: Universidade Católica, 1997, p. 63.

4 CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Lei 13.441/17 instituiu a infiltração policial virtual. Revista Consultor Jurídico, mai. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-16/academia-policia-lei-1344117-instituiu-infiltracao-policial-virtual>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

5 CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; CARNEIRO, Pedro Rios. Concessão de medidas protetivas na delegacia é avanço necessário. Revista Consultor Jurídico, jun. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-20/concessao-medidas-protetivas-delegacia-avanco-necessario>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

6 BARBOSA, Ruchester Marreiros. Justa Causa Constitucionalmente Embrionária e a Reserva de Jurisdição. In: CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. et al. Polícia Judiciária no Estado de Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 75.

7 STF, RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/12/2006; STJ, HC 131.836, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ 04/11/2000.

8 CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Requisição de dados pelo delegado de polícia. In: CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. et al. Investigação Criminal pela Polícia Judiciária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 102.

9 SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 421.

10 STF, RE 601.314, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 17/02/2016.

11 STF, HC 91.867, Rel. Min. Gilmar Mendes, 19/09/2012; STJ, HC 66.368, Rel. Min. Gilson Dipp, DP 29/06/2007.

12 STJ, HC 247.331, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 03/09/2014.



13 CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Lei de Tráfico de Pessoas traz avanços e causa perplexidade. Revista Consultor Jurídico, out. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-11/academia-policial-lei-traffic-pessoas-traz-avancos-causa-perplexidade>>. Acesso em: 11 out. 2016.

14 STJ, RHC 75.800, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 15/09/2016.

15 COSTA, Adriano Sousa; SILVA, Laudelina Inácio da. Prática policial sistematizada. Niterói: Impetus, 2014, p. 57.

16 STJ, RHC 51.531, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJ 19/04/2016.

17 STJ, RHC 67.379, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJ 20/10/2016.

18 STF, RHC 132.062, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 29/11/2016; STF, HC 103.425, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 26/06/2012.