

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E INOVAÇÕES TÉCNICAS E TECNOLÓGICAS



PREFÁCIO POR
ANTONIO SCARANCE FERNANDES

GUSTAVO TORRES SOARES

D'PLÁCIDO
EDITORA

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E INOVAÇÕES TÉCNICAS E TECNOLÓGICAS

GUSTAVO TORRES SOARES



D'PLÁCIDO
EDITORA

Copyright © 2016, D'Plácido Editora.
Copyright © 2016, Gustavo Torres Soares.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa
Letícia Robini de Souza

Diagramação
Christiane Moraes de Oliveira

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia da D'Plácido Editora.



Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843 , Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 3261 2801
CEP 30140-007

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

SOARES, Gustavo Torres.

Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

Bibliografia.

ISBN: 978-85-8425-353-1

1. Direito. 2. Direito Processual Penal. I. Título.

CDU343

CDD341.43

Para Maria Cecília,
com amor e gratidão.

A novidade era o máximo do paradoxo...
(*Vianna, Ribeiro, Barone e Gil, in A novidade*)

AGRADECIMENTOS

Este trabalho não teria sido escrito sem o apoio dos que me circundam.

Agradeço, sempre em primeiro lugar, a Deus, que me ama desde antes do princípio e que alimenta em mim a fé, que considero a base única e suficiente da felicidade.

Agradeço à minha amada esposa, Maria Cecília, que enfrentou grandes dificuldades emocionais, materiais e profissionais para me ajudar, chegando a suspender, por um ano, sua exitosa carreira de médica anestesista, para me acompanhar à distante e fria Alemanha, sempre cuidando para que eu tivesse o máximo aproveitamento nos estudos. A ela, com muito amor e eterna gratidão, é dedicada esta obra.

Agradeço ao Professor Antonio Scarance Fernandes, que acreditou na minha promessa de seriedade acadêmica, acolheu-me em seu Instituto de Estudos Avançados em Direito Processual Penal, incentivou-me a sempre buscar a finalidade dos institutos jurídicos e o difícil equilíbrio entre a eficiência persecutória e os direitos fundamentais, orientou-me em inúmeros momentos de dúvida e, apesar da minha pequenez, deu-me liberdade para chegar a convencimentos (e erros) próprios.

Agradeço ao Professor Gustavo Henrique Ivahy Badaró, que, além de toda ajuda e disponibilidade acadêmica durante o curso, foi especialmente importante e generoso em momento de inesperada crise externa à academia.

Agradeço a meus pais, avó, sogros, irmãos, cunhados, tios, primos, sobrinhas, afilhados, amigos e colegas de trabalho, que, além de amparo afetivo, prestaram-me auxílios materiais os mais variados.

Sou também grato a todos os docentes do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, especialmente aos Professores Gustavo Henrique Ivahy Badaró, Marta Cristina Cury Saad Gimenes, Fábio Ramazzini Bechara, José Raul Gavião de Almeida e Luiz Roberto Salles Souza que, junto com o Professor Orientador Antonio Scarance Fernandes, pacientemente transformaram meu exame de qualificação doutoral e minha banca examinadora de doutoramento em oportunidades para me ensinar e me fazer refletir.

Igualmente agradeço aos docentes da *Albert-Ludwigs-Universität* e aos docentes e pesquisadores do *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* e da *International Max Planck Research School for Comparative Criminal Law*, todos localizados na cidade alemã de Freiburg im Breisgau, onde também fui acolhido e orientado pelos órgãos judiciais, ministeriais, policiais e prisionais. Sou especialmente grato aos Professores Ulrich Sieber, coorientador deste trabalho, Hans-Jörg Albrecht e Walter Perron, assim como aos Doutores Johanna Rinceanu, Jan-Michael Simon e Nandor Knust, os quais, em aulas, conferências, debates, visitas guiadas e indicações bibliográficas, permitiram-me adquirir a maior parte dos elementos de Direito Comparado utilizados no presente estudo.

LISTA DE ABREVIações

<i>BAG</i>	<i>Bundesarbeitsgericht</i> (Tribunal Superior da Justiça Trabalhista Alemã, órgão judicial máximo quanto ao Direito do Trabalho daquele país)
<i>BGH</i>	<i>Bundesgerichtshof</i> (Tribunal Superior da Justiça Alemã, órgão judicial máximo quanto à interpretação das leis federais comuns daquele país)
<i>BGHSt</i>	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen</i> (repositório oficial de jurisprudência criminal do <i>Bundesgerichtshof</i>)
<i>BNDG</i>	<i>Bundesnachrichtendienstgesetz</i> (lei federal alemã sobre o serviço nacional de inteligência)
<i>BvR</i>	referência ao Primeiro (<i>1 BvR</i>) ou Segundo (<i>2 BvR</i>) Senados do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha
<i>BVerfGE</i>	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts</i> (repositório oficial de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha)
<i>BVerfG</i>	<i>Bundesverfassungsgericht</i> (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, também referido como TCFA)
<i>BVerfSchG</i>	<i>Bundesverfassungsschutzgesetz</i> , lei federal alemã sobre a proteção à Constituição
CADH.....	Corte Interamericana de Direitos Humanos
cf.....	confira, confronto

coord., coords.....	coordenador(es) de obra coletiva
CR.....	Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, também aqui chamada “Constituição da República” ou “Constituição Brasileira”
CP.....	Código Penal Brasileiro
CPP.....	Código de Processo Penal Brasileiro
CPC.....	Código de Processo Civil Brasileiro
Des.....	Desembargador
Des. Fed.....	Desembargador Federal
DJ.....	Diário da Justiça
DJe.....	Diário da Justiça Eletrônico
DOU.....	Diário Oficial da União
ed.....	edição ou editor, conforme aplicável
etc.....	<i>et cetera, et caetera, et coetera</i> , e outros, e os restantes
et. al.....	<i>et alii</i> , e outros autores
EUA.....	Estados Unidos da América
<i>EHR</i>	<i>European Human Rights Reports</i> (repositório de jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos)
<i>F Supp. 2D</i> ou <i>F2d</i>	<i>Federal Supplement, 2nd Series</i> (repositório de jurisprudência federal norte-americano)
<i>G10</i>	<i>Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses</i> (lei federal alemã regulamentadora das intervenções no direito fundamental de correspondência)
<i>GG</i>	<i>Grundgesetz</i> (Lei Fundamental Alemã, equivalente a uma Constituição da República Federativa Alemã)
HC.....	<i>habeas corpus</i>
j.....	juízo em
<i>LECr</i>	<i>Ley de Enjuiciamiento Criminal</i> (equivalente a um Código de Processo Penal Espanhol)

LINDB.....	Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil – LICC)
Min.....	Ministro(a)
NJW.....	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i> (revista jurídica alemã)
NStZ.....	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i> (revista jurídico-criminal alemã)
org., orgs.....	organizador(es) de obra coletiva
op. cit.....	<i>opus citatum, opere citato</i> , obra já citada em nota anterior
p.....	página, páginas
pub.....	publicado em
p.e.....	por exemplo
rel.....	relator(a)
RE ou RExt.....	recurso extraordinário
Recl.....	reclamação
REsp.....	recurso especial
RHC.....	recurso em <i>habeas corpus</i>
STF.....	Supremo Tribunal Federal (Brasil)
STJ.....	Superior Tribunal de Justiça (Brasil)
tb.....	também
TCFA.....	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, também referido como <i>Bundesverfassungsgericht</i> ou BVerfG
StGB.....	<i>Strafgesetzbuch</i> (Código Penal Alemão)
StPO.....	<i>Strafprozessordnung</i> (Ordenação Processual Penal, equivalente a um Código de Processo Penal Alemão)
StR.....	referência a um dos cinco Senados Criminais do Tribunal Superior da Justiça Alemã (usa-se 1 StR para designar o Primeiro Senado Criminal, 2 StR para o Segundo Senado Criminal etc.)

<i>StV</i>	<i>Strafverteidiger</i> (revista jurídico-criminal alemã)
TEDH.....	Tribunal Europeu de Direitos Humanos (ou Corte Europeia de Direitos Humanos – CEDH)
TRF (1,2,3,4 ou 5).....	referência ao Tribunal Regional Federal da 1ª, 2ª, 3ª, 4ª ou 5ª Região (Brasil)
v.....	<i>vide</i> , veja
<i>US</i>	<i>United States Reports</i> (repositório oficial de jurisprudência da Suprema Corte dos E.U.A.)
<i>USSC</i>	<i>United States Supreme Court</i> (Suprema Corte dos E.U.A.)
<i>USC</i>	<i>United States Code</i> (consolidação das leis federais estadunidenses)

SUMÁRIO

PREFÁCIO	19
UM DEPOIMENTO: A TÍTULO DE APRESENTAÇÃO	23
INTRODUÇÃO	27
1. PRIMEIRA ABORDAGEM SOBRE A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	33
1.1. A investigação criminal entre a eficiência e o garantismo	33
1.2. Uma observação criminológica	38
1.3. Premissas conceituais sobre pessoas e grupos investigados	39
1.4. Análise interessada do léxico probatório	43
1.4.1. Alteração pontual no léxico probatório criminal brasileiro: por uma visão abrangente das provas penais pré-constituídas (“não repetíveis, cautelares e antecipadas”)	57
1.4.1.1. Elemento probatório penal de produção irrepetível	66
1.4.1.2. Elemento probatório penal de produção cautelar.....	69
1.4.1.3. Elemento probatório penal de produção legitimamente antecipada.....	73

2. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL CONDICIONADA PELO DIREITO PROBATÓRIO.....79

2.1. Investigação criminal, exclusão probatória e balanceamento nos EUA	84
2.2. Investigação criminal, proibições de prova e proporcionalidade na Alemanha.....	102
2.3. Investigação criminal e inutilizabilidade na Itália.....	120
2.4. Limitações investigativo-probatórias e <i>fair trial</i> na jurisprudência de tribunais internacionais	128
2.5. Questões atuais do Direito Probatório brasileiro sobre a investigação criminal	136
2.5.1. O inciso LVI do art. 5º da CR é regra ou princípio?	140
2.5.2. A reforma trazida pela Lei Federal nº 11690/2008 .	146

3. O ATO E A FASE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL..... 151

3.1. Noção inicial	151
3.2. O ato de investigação criminal	152
3.2.1. Procura por elementos informativos em sentido amplo (frequentemente indicadores de fontes de prova e, excepcionalmente, reveladores de elementos probatórios cautelares, irrepetíveis ou antecipados, ou reforçadores das futuras provas convergentes)	155
3.2.2. Referência a suposto fato penalmente típico, ilícito, culpável e punível	164
3.2.3. Decorrência de uma ou mais hipóteses livremente formuladas sobre a matéria em apuração	166
3.2.4. Viabilização pelo emprego dos devidos meios, recomendações técnicas e procedimentos jurídicos	179
3.3. A fase de investigação criminal: aproximações de seu conceito, finalidade, objeto, forma, sujeitos, motivo e motivação	179

4. OS MEIOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E SEUS RESPECTIVOS PROCEDIMENTOS JURÍDICOS.....	183
4.1. Meios investigativo-probatórios, recomendações técnicas e procedimentos jurídicos	183
4.2 Meios investigativo-probatórios analisados quanto à estrutura e obediência jurídico-procedimentais.....	187
4.3. Meios de investigação: especificidades em relação aos meios de prova	199
4.4. Meios de investigação estatais menos invasivos	205
4.5. Meios de investigação estatais especialmente invasivos....	210
4.6. Meios investigativos à disposição dos particulares	214
5. ASPECTOS GERAIS DA INOVAÇÃO TÉCNICA E TECNOLÓGICA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	217
5.1. Dificuldades fáticas na investigação criminal brasileira...	217
5.2. O passado recente da inovação investigativa.....	220
5.3. Tendências da inovação investigativa	237
5.3.1. Compressões legítimas a direitos fundamentais.....	239
5.3.2. A dissimulação do flagrante esperado	241
5.3.3. Tecnologia e notícias-crime	245
5.3.4. Formas contemporâneas de monitoramento.....	250
5.3.4.1. A perigosa ampliação da ideia de suspeito	250
5.3.4.2. O desenvolvimento dos registros civis e da identificação criminal.....	254
5.3.4.3. Meios indiretos de investigação.....	257
5.3.5. A inovação tecnológica e o meio investigativo pericial	268
5.3.5.1. Aspectos gerais da perícia.....	268
5.3.5.2. Perícia e tipicidade investigativo-probatória	274
5.3.5.3. A importância do contraditório desde o início da construção da prova pericial.....	277

6. POR UMA TEORIA JURÍDICA DA INOVAÇÃO INVESTIGATIVA CRIMINAL	281
6.1. Legalidade penal, legalidade processual penal e analogia	283
6.2. Legalidade e tipificação processual progressiva	290
6.3. O objeto jurídico da inovação investigativa criminal.....	296
6.4. A excepcionalidade e a provisoriedade da inovação investigativa criminal.....	300
6.5. O controle jurídico da inovação investigativa criminal ..	302
6.5.1. O controle judicial da inovação investigativa criminal: legalidade, proporcionalidade, tipificação processual progressiva e modulação temporal.....	306
6.5.2. Uma proposta de conciliação entre legalidade e inovação investigativa, para o Poder Judiciário brasileiro.....	317
CONCLUSÕES.....	325
BIBLIOGRAFIA	329

PREFÁCIO

Conheci o Gustavo quando ele se apresentou para fazer o Curso de Pós-Graduação. Desde então se mostrou muito interessado. Logo iniciou suas pesquisas. Durante o Curso, estudava os textos que lhe eram dados para leitura e o fazia com muita dedicação, buscando interpretá-los adequadamente. Participava ativamente dos debates, sempre com intervenções bastante apropriadas. Seus seminários e seus trabalhos de final de semestre eram bem elaborados. Percebi, então, que ele deveria realizar um excelente trabalho.

Durante o período de preparação da tese, Gustavo foi até a Alemanha para fazer pesquisas e realizar um curso. Ali permaneceu por um ano. Como é dedicado e estudioso, enriqueceu, nesse tempo, a sua pesquisa. No final do Curso, em virtude de problemas de saúde, não pude orientá-lo no encerramento do seu trabalho, tarefa essa realizada pelo professor Gustavo Badaró, o qual, como sempre faz em suas atividades didáticas, orientou-o de maneira muito profícua.

Com isso tudo, Gustavo apresentou trabalho muito bem elaborado. Submetido à Banca Examinadora, composta por mim, pelos professores Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Luiz Roberto Salles Souza, Fábio Ramazzini Bechara e José Raul Gavião de Almeida, obtive aprovação, mas, em virtude da excelência da tese, a Banca anotou que a aprovação era feita com louvor.

Realmente o trabalho apresentado é de ótima qualidade.

Primeiro ponto positivo foi a escolha do tema – a tecnologia na investigação –, pois, hoje em dia, a inovação tecnológica influencia sobremaneira nas atividades de busca de fontes de prova. Mais do que isso, a preocupação com a prevenção de crimes muito graves ou de grande lesividade coletiva tem levado a que, às vezes com abuso, sejam

realizadas atividades de monitoramento de pessoas ou de atividades, com uso de tecnologias modernas, para o fim de evitar práticas criminosas. Tudo isso suscita problemas intrincados, o que demonstra a importância do trabalho que Gustavo produziu.

O autor, durante toda a obra, mostrou grande apuro na utilização do vocabulário, procurando utilizar de maneira muito ajustada a terminologia jurídica, fazendo anotações constantes sobre o significado dos termos jurídicos e esclarecendo como seriam eles utilizados no decorrer do trabalho. Aí mostrou grande capacidade de inovação conceitual e de sistematização. Foi o que ocorreu, por exemplo, com a interpretação do artigo 155 do Código de Processo Penal, na parte em que se refere a medidas cautelares, irrepetíveis ou antecipadas. Socorrendo-se até de uma terminologia utilizada na medicina, Gustavo buscou dar um significado a cada um desses termos ou expressões, trabalhando com as ideias de emergência ou de urgência.

Houve constante preocupação em buscar o equilíbrio entre os interesses dos órgãos da persecução penal e os interesses das pessoas investigadas, trabalhando com a nossa linha de pesquisa: eficiência e garantismo no processo penal. É muito difícil esse equilíbrio em algumas atividades cruciais do processo penal e, principalmente, em relação a alguns tipos de crimes. Uma dessas atividades é exatamente a investigação criminal em crimes organizados, em terrorismo. Mais complicado ainda se torna o alcance desse equilíbrio quando se pensa na investigação sustentada em novas tecnologias.

É, por exemplo, o que sucede com o que o autor denominou de investigação indireta, a qual abrangeria as situações em que, sem estar a isso predisposta, uma tecnologia serve para a investigação. Imagine-se uma câmera colocada em um prédio de apartamentos que grava uma pessoa dele saindo com arma na mão, momentos após ter sido efetuado homicídio em um dos apartamentos. Trata-se de elemento valioso de prova, dotado de forte poder de convencimento, difícil de ser enfrentado pela defesa.

A preocupação de Gustavo com o exame dessa dificuldade de equilíbrio entre a investigação como fator de produção de elementos informativos e de prova e o respeito aos direitos individuais levou-o a uma incursão no direito estrangeiro, com o exame de regras e princípios constitucionais (proibição de prova, prova ilícita, proporcionalidade, intimidade e vida privada) em três países: Estados

Unidos, Alemanha e Itália, com forte assento em decisões de suas cortes superiores. Ainda fez estudo semelhante em relação a manifestações de tribunais internacionais (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Tribunal Penal Internacional).

Debruçou-se também no exame de questões dogmáticas sobre direito probatório e investigação.

Assim, distinguiu ato e fase da investigação criminal. Denominou de ato de investigação a procura por elementos informativos em sentido amplo, que se refiram a suposto fato típico, ilícito, culpável e punível, que decorram de uma ou mais hipóteses sobre a matéria em apuração. Essa procura se viabilizaria pelo emprego dos devidos meios, recomendações técnicas e procedimentos jurídicos. A fase em que autor concentra seus estudos é a pré-processual, embora saliente que a coleta de elementos pode acontecer em outros momentos.

Em virtude do objeto do trabalho, o autor dedicou capítulo especial aos meios investigativo-probatórios e, como o fez em toda a obra, estuda-os com originalidade em duas vertentes: estrutura jurídico-procedimental, aí cuidando dos meios de investigação típicos e atípicos, levando em conta, em suas classificações, o fato de serem ou não nominados por lei; obediência ao procedimento jurídico-probatório estabelecido, classificando os meios em procedimentalmente conformes, meramente irregulares, irrituais e anômalos.

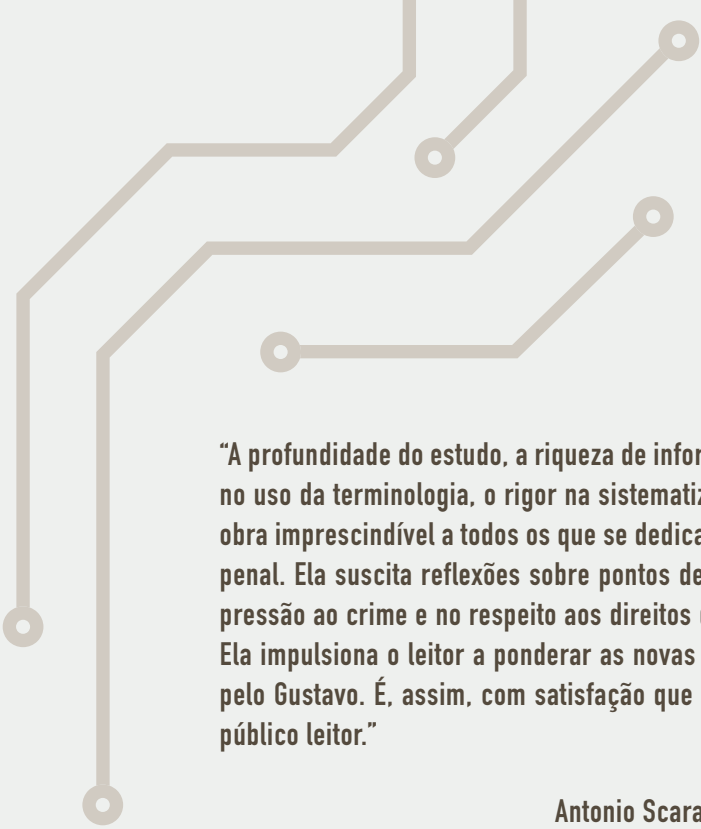
Continua, verificando os graus de compressão aos direitos fundamentais produzidos pelos meios de investigação, separando-os em menos invasivos, especialmente invasivos e à disposição dos particulares, tomando como base para a criação de subcategorias o fato de serem ou não nominados.

Retoma, ao final, o exame do conflito que permeou toda a obra, o embate entre a necessidade de meios especiais de investigação e o respeito aos direitos fundamentais, principalmente em relação ao crime organizado e ao terrorismo. Perpassa pelos principais instrumentos legais do direito brasileiro, com destaque à legislação sobre crime organizado. Como antes salientado, verifica as legislações e os entendimentos dos tribunais superiores na Alemanha, Itália, Estados Unidos, com realce ao tratamento dado ao crime organizado e ao terrorismo. Mas, fez questão de ressaltar a primazia dos direitos fundamentais e a necessidade de controle judicial sobre o uso de inovações tecnológicas.

A profundidade do estudo, a riqueza de informes, o aprumo no uso da terminologia, o rigor na sistematização tornam a obra imprescindível a todos os que se dedicam ao processo penal. Ela suscita reflexões sobre pontos de tensão na repressão ao crime e no respeito aos direitos do investigado. Ela impulsiona o leitor a ponderar as novas ideias trazidas pelo Gustavo. É, assim, com satisfação que a apresento ao público leitor.

Antonio Scarance Fernandes

Professor Titular de Processo Penal da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Junho/2015



“A profundidade do estudo, a riqueza de informes, o apurmo no uso da terminologia, o rigor na sistematização tornam a obra imprescindível a todos os que se dedicam ao processo penal. Ela suscita reflexões sobre pontos de tensão na repressão ao crime e no respeito aos direitos do investigado. Ela impulsiona o leitor a ponderar as novas ideias trazidas pelo Gustavo. É, assim, com satisfação que a apresento ao público leitor.”

Antonio Scarance Fernandes



D' PLÁCIDO
EDITORA

www.livrariadplacido.com.br

ISBN 978-85-8425-353-1



9 788584 253531