

GUSTAVO TORRES SOARES

*Investigação criminal e
inovações técnicas e tecnológicas:
perspectivas e limites*

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Dr. Antonio Scarance Fernandes

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo, SP

2014

GUSTAVO TORRES SOARES

*Investigação criminal e
inovações técnicas e tecnológicas:
perspectivas e limites*

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Processual (Subárea: Processo Penal), sob a orientação do Professor Titular Dr. Antonio Scarance Fernandes.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo, SP

2014

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 os Professores Gustavo

Henrique Ivahy Badaró e Marta Cristina Cury Saad Gimenes, que, junto com o Professor Orientador Antonio Scarance Fernandes, pacientemente transformaram meu exame de qualificação doutoral em oportunidade 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.

Para Maria Cecília,
com amor e gratidão.

A novidade era o máximo do paradoxo...

(Vianna, Ribeiro, Barone e Gil, in *A novidade*)

RESUMO

SOARES, Gustavo Torres. *Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas: perspectivas e limites*. Dezembro de 2014. 307 páginas. Tese de doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

A crescente complexidade de determinados crimes impõe aos órgãos estatais responsáveis pela persecução penal, notadamente a polícia investigativa e o Ministério Público, que busquem novas estratégias para o seu esclarecimento. Desse modo, a inovação técnica e tecnológica deve ser analisada como necessária à adequada investigação criminal. O presente trabalho, buscando equilíbrio entre garantismo e eficiência persecutória, propõe-se a estabelecer parâmetros jurídicos para que tal necessidade de inovação seja, ao mesmo tempo, praticável e razoavelmente limitada, sobretudo pelos direitos humanos e fundamentais.

Palavras-chave: Investigação criminal. Inovação. Técnica. Tecnologia. Legalidade. Eficiência. Garantismo.

ABSTRACT

SOARES, Gustavo Torres. *Criminal investigation and technical and technological innovations: prospects and limits*. December 2014. 307 pages. Doctorate. Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2014.

The increasing complexity of certain crimes requires the state agencies responsible for criminal prosecution, notably investigative police and prosecutors, to seek new pursue strategies. Thus, the technical and technological innovation must be analyzed as necessarily required for proper criminal investigation. In the present work, seeking balance between fundamental law garanties and persecutory efficiency, it is proposed to establish legal parameters for such a need for innovation. At the same time, these parameters shall be feasible and, especially with regard to human and fundamental rights, fairly limited.

Keywords: Criminal investigation. Innovation. Techniques. Technology. Rule of law. Efficiency.

RESUMEN

SOARES, Gustavo Torres. *La investigación criminal y las innovaciones técnicas y tecnológicas: perspectivas y límites*. Diciembre del 2014. 307 páginas. Tesis doctoral. Facultad de Derecho, Universidad de São Paulo, São Paulo, 2014.

La creciente complejidad de ciertos delitos requiere de las agencias estatales encargadas de la persecución penal, en particular la policía y la fiscalía, la búsqueda de nuevas estrategias para su aclaración. Por lo tanto, la innovación técnica y tecnológica debe ser analizada como esencial para una investigación penal adecuada. El presente trabajo, buscando el equilibrio entre el garantismo y la eficiencia persecutoria, se propone a establecer los parámetros legales para que tal necesidad de innovación sea, al mismo tiempo, factible y razonable, sobre todo desde el punto de vista de los derechos humanos y fundamentales.

Palabras clave: Investigación criminal. Innovación. Técnica. Tecnología. Legalidad. Eficiencia. Garantismo.

LISTA DE ABREVIACÕES

BAG: Bundesarbeitsgericht (Tribunal Superior da Justiça Trabalhista Alemã, órgão judicial máximo quanto ao Direito do Trabalho daquele país)

BGH: Bundesgerichtshof (Tribunal Superior da Justiça Alemã, órgão judicial máximo quanto à interpretação das leis federais comuns daquele país)

BGHSt: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (repositório oficial de jurisprudência criminal do *Bundesgerichtshof*)

BNDG: Bundesnachrichtendienstgesetz (lei federal alemã sobre o serviço nacional de inteligência)

BvR: referência ao Primeiro (*1 BvR*) ou Segundo (*2 BvR*) Senados do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha

BVerfGE: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (repositório oficial de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha)

BVerfG: Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, também referido como TCFA)

BVerfSchG: Bundesverfassungsschutzgesetz, 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.: *et cetera, et caetera, et coetera*, e outros, e os restantes

et. al.: *et alii*, e outros autores

EUA: Estados Unidos da América

EHR: *European Human Rights Reports* (repositório de jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos)

F. Supp. 2D ou *F.2d: Federal Supplement, 2nd Series* (repositório de jurisprudência federal norte-americano)

G10: Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (lei federal alemã regulamentadora das intervenções no direito fundamental de correspondência)

GG: Grundgesetz (Lei Fundamental Alemã, equivalente a uma Constituição da República Federativa Alemã)

HC: *habeas corpus*

j.: julgado em

LECr: Ley de Enjuiciamiento Criminal (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: Neue Juristische Wochenschrift (revista jurídica alemã)

NStZ: Neue Zeitschrift für Strafrecht (revista jurídico-criminal alemã)

org., orgs.: organizador(es) de obra coletiva

op. cit.: *opus citatum, opere citato*, obra já citada em nota anterior

p.: página, páginas

pub.: publicado em

p.e.: por exemplo

rel.: relator(a)

RE ou REExt: recurso extraordinário

Recl.: reclamação

REsp: recurso especial

RHC: recurso em *habeas corpus*

STF: Supremo Tribunal Federal (Brasil)

STJ: Superior Tribunal de Justiça (Brasil)

tb.: também

TCFA: Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, também referido como *Bundesverfassungsgericht* ou BVerfG

StGB: *Strafgesetzbuch* (Código Penal Alemão)

StPO: *Strafprozessordnung* (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.)

StV: *Strafverteidiger* (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.: *vide*, veja

US: *United States Reports* (repositório oficial de jurisprudência da Suprema Corte dos E.U.A.)

USSC: *United States Supreme Court* (Suprema Corte dos E.U.A.)

USC: *United States Code* (consolidação das leis federais estadunidenses)

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| Introdução..... | 16 |
| Capítulo 1: Primeira abordagem sobre a investigação criminal..... | 21 |
| 1.1. A investigação criminal entre a eficiência e o garantismo..... | 21 |
| 1.2. Uma observação criminológica..... | 27 |
| 1.3. Premissas conceituais sobre pessoas e grupos investigados..... | 27 |
| 1.4. Análise interessada do léxico probatório..... | 31 |
| 1.4.1. Alteração pontual no léxico probatório criminal brasileiro: por uma visão abrangente das provas penais pré-constituídas (“não repetíveis, cautelares e antecipadas”)..... | 44 |
| 1.4.1.1. Elemento probatório penal de produção irrepitível..... | 52 |
| 1.4.1.2. Elemento probatório penal de produção cautelar..... | 55 |
| 1.4.1.3. Elemento probatório penal de produção legitimamente antecipada..... | 59 |
| Capítulo 2: A investigação criminal condicionada pelo Direito Probatório..... | 63 |
| 2.1. Investigação criminal, exclusão probatória e balanceamento nos EUA..... | 68 |
| 2.2. Investigação criminal, proibições de prova e proporcionalidade na Alemanha..... | 84 |
| 2.3. Investigação criminal e inutilizabilidade na Itália..... | 100 |
| 2.4. Limitações investigativo-probatórias e <i>fair trial</i> na jurisprudência de tribunais internacionais..... | 106 |
| 2.5. Questões atuais do Direito Probatório brasileiro sobre a investigação criminal.... | 114 |
| 2.5.1. O inciso LVI do art. 5º da CR é regra ou princípio?..... | 117 |
| 2.5.2. A reforma trazida pela Lei Federal nº 11690/2008..... | 123 |
| Capítulo 3: O ato e a fase de investigação criminal..... | 126 |
| 3.1. Noção inicial..... | 126 |

| | |
|--|-----|
| 3.2. O ato de investigação criminal..... | 127 |
| 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)..... | 130 |
| 3.2.2. Referência a suposto fato penalmente típico, ilícito, culpável e punível...138 | |
| 3.2.3. Decorrência de uma ou mais hipóteses livremente formuladas sobre a matéria em apuração..... | 141 |
| 3.2.4. Viabilização pelo emprego dos devidos meios, recomendações técnicas e procedimentos jurídicos..... | 152 |
| 3.3. A fase de investigação criminal: aproximações de seu conceito, finalidade, objeto, forma, sujeitos, motivo e motivação..... | 153 |
| Capítulo 4: Os meios de investigação criminal e seus respectivos procedimentos jurídicos..... | 157 |
| 4.1. Meios investigativo-probatórios, recomendações técnicas e procedimentos jurídicos..... | 157 |
| 4.2. Meios investigativo-probatórios analisados quanto à estrutura e obediência jurídico-procedimentais..... | 161 |
| 4.3. Meios de investigação: especificidades em relação aos meios de prova..... | 172 |
| 4.4. Meios de investigação estatais menos invasivos..... | 177 |
| 4.5. Meios de investigação estatais especialmente invasivos..... | 182 |
| 4.6. Meios investigativos à disposição dos particulares..... | 186 |
| Capítulo 5: Aspectos gerais da inovação técnica e tecnológica na investigação criminal..... | 189 |
| 5.1. Dificuldades fáticas na investigação criminal brasileira..... | 189 |
| 5.2. O passado recente da inovação investigativa..... | 192 |
| 5.3. Tendências da inovação investigativa..... | 205 |
| 5.3.1. Compressões legítimas a direitos fundamentais..... | 207 |
| 5.3.2. A dissimulação do flagrante esperado..... | 209 |

| | |
|--|-----|
| 5.3.3. Tecnologia e notícias-crime..... | 214 |
| 5.3.4. Formas contemporâneas de monitoramento..... | 217 |
| 5.3.4.1. A perigosa ampliação da ideia de suspeito..... | 217 |
| 5.3.4.2. O desenvolvimento dos registros civis e da identificação criminal..... | 222 |
| 5.3.4.3. Meios indiretos de investigação..... | 224 |
| 5.3.5. A inovação tecnológica e o meio investigativo pericial..... | 235 |
| 5.3.5.1. Aspectos gerais da perícia..... | 235 |
| 5.3.5.2. Perícia e tipicidade investigativo-probatória..... | 240 |
| 5.3.5.3. A importância do contraditório desde o início da construção da prova pericial..... | 243 |
| Capítulo 6: Por uma teoria jurídica da inovação investigativa criminal..... | 247 |
| 6.1. Legalidade penal, legalidade processual penal e analogia..... | 249 |
| 6.2. Legalidade e tipificação processual progressiva..... | 254 |
| 6.3. O objeto jurídico da inovação investigativa criminal..... | 261 |
| 6.4. A excepcionalidade e a provisoriedade da inovação investigativa criminal..... | 265 |
| 6.5. O controle jurídico da inovação investigativa criminal..... | 267 |
| 6.5.1. O controle judicial da inovação investigativa criminal: legalidade, proporcionalidade, tipificação processual progressiva e modulação temporal..... | 271 |
| 6.5.2. Uma proposta de conciliação entre legalidade e inovação investigativa, para o Poder Judiciário brasileiro..... | 281 |
| Conclusões..... | 288 |
| Bibliografia..... | 293 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho cuida de fatos jurídicos raros e fugazes: as inovações técnicas e tecnológicas no âmbito da investigação criminal, as quais são *raras* porque refogem à rotina e *fugazes* porque logo deixam de ser novidade.

Trata-se, aqui, portanto, de tema com grande potencial de polêmica, mas reduzida aplicação à imensa maioria dos casos criminais; *qualitativamente sensível*, mas *quantitativamente ínfimo*. Tal excepcionalidade precisa ser, desde logo, ressaltada, para que não se interprete esta obra como banalizadora de ideias que devem ser sempre recebidas com muita reserva.

A pesquisa jurídico-acadêmica sobre a investigação criminal poderia ser sistematizada em, pelo menos, oito grandes partes: *i*) evolução histórica da investigação e de seus motivos, finalidades, sujeitos, meios e procedimentos técnico-jurídicos; *ii*) verdade e investigação criminal; *iii*) atribuição investigativa (aqui incluída a investigação defensiva e outras manifestações); *iv*) investigação e atuação judicial: protagonismo ou distanciamento; diferenciação ou identidade entre o juiz que conhece da investigação, da *opinio delicti* e, caso esta seja positiva, do processo penal a ser iniciado; *v*) estruturação formal dos procedimentos investigativos: instauração, fases, prazos, graus de publicidade, participação de envolvidos e terceiros; *vi*) atos de investigação, antes, durante e depois do processo; *vii*) meios, procedimentos técnico-jurídicos, epistemologia (procedimento intelectual) e conclusões da investigação nos dias atuais; e *viii*) controle jurídico da investigação: pela própria pessoa ou órgão investigador, por órgão diverso e parcial, por órgão diverso e imparcial; exame (prévio) de admissibilidade e exame (posterior) de validação.

Embora todos esses pontos sejam aqui tangenciados, ao presente trabalho interessam especialmente os três últimos tópicos, sobre os atos de investigação, os meios, procedimentos técnico-jurídicos, epistemologia e conclusões da investigação e seu controle jurídico na contemporaneidade.

Há várias obras jurídico-científicas sobre os temas históricos, filosóficos e formais da investigação criminal, mas pouco se produz, no Brasil, sobre seus aspectos materiais, a qualidade jurídica da investigação, sua aptidão e limites para, com rigoroso respeito aos direitos fundamentais, reconstruir satisfatoriamente os fatos investigados.

E tal produção acadêmica se demonstra mais relevante quando se verifica a crescente complexidade de certos crimes e esquemas delituosos.

Várias indagações inspiraram o início da pesquisa, cinco anos antes da apresentação deste trabalho doutoral: o que são meios e técnicas de investigação criminal? São admissíveis meios e técnicas indiretos de investigação criminal? Quais elementos são suficientes para se formalizar validamente uma investigação penal? Quem merece ser alvo de investigação criminal? O que significa, no ordenamento jurídico vigente, ser *suspeito*, do ponto de vista criminal? Até que ponto se podem admitir elementos provenientes de atividades e órgãos não persecutórios, para a instauração de investigação criminal? Como a atividade de polícia administrativa pode contribuir para a atividade de polícia investigativa (dita polícia *judiciária*)? Tendo-se em vista o equilíbrio entre garantismo e eficiência sistêmica, é possível a utilização juridicamente válida de vias investigativas decorrentes de inovação técnica ou tecnológica, as quais, por sua natureza, às vezes sequer foram imaginadas pelo legislador? É possível, e até que ponto, adotarem-se medidas investigativas não voltadas para pessoas específicas, com vistas à prevenção e apuração de crimes incertos? Em caso de resposta afirmativa para as duas últimas questões, sob quais critérios os resultados obtidos por tais meios de investigação poderiam ser juridicamente admitidos como provas penais? E, num terceiro momento lógico, sob quais condicionamentos essas provas penais seriam produzidas e valoradas num processo penal garantista e eficiente? Como surgem as investigações sobre contextos criminosos complexos? Qual é o limite jurídico das inovações técnicas e tecnológicas referentes a tais contextos? Como possibilitar a prevenção e repressão de esquemas criminosos mais e mais complexos sem se abrir mão das fundamentais conquistas jurídico-civilizatórias? É possível, por exemplo, a investigação estatal de fatos e pessoas incertas sem se resvalar no totalitarismo?

Na tentativa de abordar tão complexas perguntas (e sem a pretensão de exaurir a resposta), a pesquisa acadêmica aqui empreendida manteve sua atenção, de um lado, no necessário aperfeiçoamento da técnica e tecnologia a serviço das investigações criminais e, de outro, na imprescindível salvaguarda dos direitos fundamentais (na perspectiva individual, de cada imputado, e na perspectiva do fortalecimento do sistema de direitos fundamentais).

Este estudo é dividido em seis capítulos.

O primeiro capítulo apresenta a investigação criminal sob aspectos gerais e em cotejo com a teoria da prova penal. É, também, apresentada visão diferenciada sobre o que ali se denominam *provas penais pré-constituídas*, incluindo-se em tal categoria as irrepetíveis, as cautelares e as legitimamente antecipadas.

No segundo capítulo, são abordados os limites que os direitos fundamentais (em ordens internas) e os direitos humanos (em ordens externas) impõem à investigação criminal.

No terceiro capítulo, estuda-se o ato e a fase de investigação criminal, apontando-se as especificidades e empregos teóricos de ambas as subcategorias jurídicas.

No quarto capítulo, discutem-se os meios de investigação criminal e seus respectivos procedimentos jurídicos e recomendações técnicas, com os conceitos e principais exemplos cabíveis.

O quinto capítulo cuida das principais discussões contemporâneas sobre a inovação técnica e tecnológica na investigação criminal, como, por exemplo, os aqui denominados *meios indiretos de investigação*.

E o sexto capítulo apresenta contribuições para o estabelecimento de uma teoria jurídica da inovação investigativa criminal, sempre sob a ótica do equilíbrio entre eficiência e garantismo.

Com isso, acredita-se na coerência e fundamentação das conclusões, as quais, do ponto de vista político-criminal, se pretendem moderadas.

Certas palavras, por serem socialmente reconhecidas como bons significantes, costumam ser abusadas ao sabor da conveniência – é, por exemplo, o que historicamente ocorreu com “democracia” e “povo”, expressões sempre manipuladas pelas ditaduras, de direita e esquerda¹. Não se gostaria, aqui, de trair o sentido original da palavra *equilíbrio*, de atribuição de pesos equivalentes.

De fato, aproximar-se do *equilíbrio* entre garantismo e eficiência – ou da *proporcionalidade* – nos meios de investigação de crimes, especialmente os mais graves, não é tarefa fácil para o estudioso do Direito Processual Penal, ciência sob constante risco de polarização ideológica e vieses cognitivos. No Brasil, diferentemente dos países em que a pesquisa acadêmica é social e politicamente mais reconhecida, a quase totalidade dos estudiosos do Direito Criminal se dedica profissionalmente a atividades forenses, paralelamente à vida acadêmica. Isso tem inevitável impacto na produção teórica, e um de seus efeitos colaterais é a impressão, no público não acadêmico (inclusive nos profissionais do foro), de mera disputa retórica – por vezes apaixonada – entre autores ligados à acusação e à defesa criminais². Sustentar a validade de atos persecutórios é frequentemente

¹ CARVALHO NETTO, Menelick de. A Constituição da Europa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 281-289.

² Diferentemente de países como EUA e Inglaterra, há, no Brasil, pouca mobilidade entre os profissionais que exercem as atividades jurídico-criminais de acusação e defesa – uma decorrência da disciplina constitucional sobre as atividades ministerial e de advocacia (v. arts. 127 a 135 da Constituição Brasileira). Com isso, longe da seara acadêmica (mas com inevitáveis reflexos nela), as relações entre os dois referidos polos profissionais perdem muito quanto à compreensão um do outro. Os membros do Ministério Público, mesmo os que exerceram advocacia antes de ingressarem na instituição, tendem a não conhecer (ou a esquecer) as agruras dos réus e seus defensores, às vezes injustiçados por acusações indevidas, juízes enviesados pela inconstitucional presunção de culpa, maus policiais e servidores judiciários, despesas processuais elevadas, morosidade estatal, incorretas identificações entre defendidos e defensores etc. Por outro lado, os defensores, públicos ou privados, mesmo aqueles que em algum momento integraram o Ministério Público, tendem a desconhecer (ou a esquecer) as grandes dificuldades impostas à persecução criminal, especialmente em esquemas criminosos mais complexos: falta de infraestrutura estatal, insuficiência numérica, ineficiência e má-vontade em parte significativa dos agentes públicos etc. O desconhecimento mútuo fica evidenciado por estes dois exemplos, um de cada lado: não é raro algum membro do Ministério Público ser reservadamente indagado, por defensor com suficiente proximidade pessoal, se é significativa a porcentagem de arquivamentos promovida pelo *Parquet* (algo que todo promotor de justiça ou procurador da República pode responder afirmativamente); reversamente, não é raro se ouvir, entre membros do Ministério Público (especialmente dos que nunca exerceram a nobilíssima advocacia criminal), que muitos defensores não teriam escrúpulo em faltar com a verdade, caso isso seja necessário para favorecer seus clientes (quando, na realidade, todos os que já vivenciaram a

atrair a crítica dos *garantistas*. Defender limites para a persecução é, na maioria das vezes, submeter-se à antipatia dos *eficientistas* (na falta de alcunha melhor). Ainda assim, entremos no debate, sem pretender esgotá-lo, tampouco alcançar impossível neutralidade ideológica³, apesar do sincero compromisso com o rigor científico e a boa-fé acadêmica⁴.

Por fim, advertências metodológicas.

Neste trabalho são, com imprudente frequência, apresentados conceitos jurídicos, inevitavelmente precários, insuficientes e problematizáveis, como sempre são, em maior ou menor grau, os atos de comunicação humana. Sua principal utilidade é dar coerência à argumentação aqui construída, e, quanto a eles, é sob esse critério – o da coerência com os demais pontos do discurso, mais que o da precisão de cada conceito, ressalvados eventuais absurdos – que se deseja ser criticado.

Por vezes, será utilizada a expressão *Estado-Persecutor*, abrangente de todos os órgãos estatais com direta atribuição funcional para o esclarecimento de possíveis crimes, para a formação da *opinio delicti* – positiva ou negativa – e para a provocação e processamento judiciais, notadamente o Ministério Público e as forças policiais. Ainda mais genérica, a locução *atividade de persecução criminal* será usada para englobar todos os órgãos e pessoas, estatais ou particulares, direta ou indiretamente voltados para os referidos atos. Para o Poder Judiciário, o qual não deve exercer nenhuma atividade persecutória, será ocasionalmente empregado o termo *Estado-Juiz*. E para a defesa, cujos atos investigativos e processuais estão vinculados apenas à melhor proteção jurídica do imputado, este trabalho se valerá do signo *investigação defensiva* ou outro sinônimo evidente (e nada impediria, em relação à atividade estatal de assistência jurídica aos necessitados, o neologismo *Estado-Defensor*).

defesa criminal conhecem inúmeros exemplos de advogados criminalistas que preferiram renunciar a seus mandatos a ter que mentir ou agir deslealmente).

³ O lugar de observação marca o pesquisador, especialmente no Direito Processual Penal. Com todo o desejo deste autor em ser academicamente isento, sua condição de jovem membro do Ministério Público dever ser, desde já, acusada ao leitor, o qual saberá julgar os (indesejados, mas humanos) exageros e distorções do trabalho, que se pretende científico.

⁴ Uma das aquisições mais marcantes deste pesquisador, obtida nas aulas e debates do curso de pós-graduação em Direito Processual Penal da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, é a constatação do intenso rigor científico e boa-fé acadêmica de pessoas com ideias por vezes diametralmente opostas às minhas cada vez mais frágeis *certezas*.

Eventuais citações diretas de obras e normas jurídicas estrangeiras são aqui livremente traduzidas para a língua portuguesa. Por economia de espaço e simplificação do texto, o autor se abstém, em regra, de transcrever a passagem na língua original, devendo o leitor, caso deseje, buscar a fonte, aqui suficientemente referida.

A maioria dos casos judiciais estrangeiros aqui mencionados chegou, inicialmente, ao conhecimento do autor através de citações nas obras elencadas na bibliografia deste trabalho. Todos esses precedentes, entretanto, foram lidos em sua língua original e cuidadosamente analisados antes de serem aqui referidos – e quase todos podem ser encontrados, com relativa facilidade, na rede mundial de computadores.

Ressalte-se, também, que a busca por comparação jurídica com sistemas de outros países parte do pressuposto de que *nenhuma solução estrangeira deveria ser simploriamente copiada pelo Brasil*, cujo Direito somente se pode beneficiar da experiência e desenvolvimento jurídico de outros ordenamentos caso lhes compreenda com a possível inteireza e lhes projete em si com iguais doses de permeabilidade e crítica.

CAPÍTULO 1: PRIMEIRA ABORDAGEM SOBRE A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

1.1. A investigação criminal entre a eficiência e o garantismo

Apesar das inúmeras críticas à legitimidade do sistema penal⁵ e até sugestões de sua completa erradicação⁶, o Direito Criminal, material e processual⁷, até hoje tem sido apontado, em todas as sociedades humanas politicamente organizadas, como instrumento necessário de controle da vida social. E, contrariamente ao princípio político-criminal da *ultima ratio*, a proliferação de normas incriminadoras só têm aumentado, mesmo em sociedades com alto desenvolvimento democrático⁸. Em sua órbita, apresentam-se consolidados órgãos, instituições, práticas e normas regulamentadoras, os quais conformam, em cada sociedade política, nacional ou internacional, um sistema penal.

Tomem-se, pois, como premissas não problematizadas a existência e a *inicial* legitimidade do Direito Criminal e do sistema penal brasileiros, até porque revalidados pela democrática Constituição de 1988.

Em nosso ordenamento jurídico, pelo que se depreende, por exemplo, dos arcaicos dispositivos do Código de Processo Penal – arts. 4º a 23 (inquérito policial) e arts. 24 a 62 (ação penal), condicionados pelos arts. 5º, *caput*, LIX, 129, I, e 144 da Constituição da República –, a suposta ocorrência de fato penalmente típico, ilícito,

⁵ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

⁶ V. HULSMAN, Louk. DE CELIS, J.B. *Penas perdidas – o sistema penal em questão*. 2 ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

⁷ Todas as vezes, neste trabalho, que for utilizada a expressão “Direito Criminal”, estar-se-á fazendo referência a seus aspectos material e também processual. A expressão “Direito Penal” será específica para o aspecto material (embora, entre autores europeus, costume ser ambivalente), e a “Direito Processual Penal” específica para o aspecto processual. Por fim, a expressão conglobante “Ciências Criminais” abarca, aqui, além do Direito Criminal, também a Criminologia, a Criminalística (entendida como Ciência Investigativo-Criminal), a Medicina, a Psicologia e a Sociologia Criminais etc.

⁸ Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal*. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 155-163.

culpável e punível⁹ deve movimentar o sistema penal no sentido de seu esclarecimento. Disso depende, entre outros pontos, a justa aplicação da lei penal.

Inicialmente, tal esclarecimento tem duas principais finalidades. De um lado, destina-se a fornecer ao titular da ação penal, ou seja, ao legítimo detentor do poder de provocação da jurisdição penal (particular, na ação penal privada, e Ministério Público, na ação pública¹⁰), os melhores elementos informativos juridicamente admissíveis para a reconstrução histórico-documental¹¹ aproximativa quanto ao suposto fato, sobre o qual haveria interesse jurídico-criminal, de modo que o titular da ação penal possa formar adequada convicção sobre a probabilidade de sua ocorrência e circunstâncias¹². De outro

⁹ Adota-se o conceito tripartido de crime (fato penalmente típico, ilícito e culpável), mas, na linha da doutrina e jurisprudência francamente majoritárias, entende-se que somente há justa causa para a investigação criminal persecutória sobre alegado fato que ainda seja, em tese, punível. V. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. Parte geral. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 741-780. Cf., na jurisprudência do STF, entre inúmeros precedentes, o Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 96093/PA, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 20.10.2009, pela Segunda Turma, constante no DJe 213, divulgado em 12.11.2009 e publicado em 13.11.2009. Ementário STF, vol. 2382-02, p. 342. “(...) Conforme sedimentada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o trancamento de (...) inquérito policial (...) é excepcional, só se justificando quando ausentes indícios mínimos de autoria e materialidade, ou quando extinta a punibilidade (...)”

¹⁰ Há, no Direito Processual Penal brasileiro, talvez pela anacronicidade do CPP, pouco rigor quanto aos termos *ação*, *demanda*, *pretensão* e *processo*, confusão essa há muito esclarecida pelo Direito Processual Civil, o qual, especificamente neste ponto, tem algo a ensinar aos processualistas penais. Para os fins do presente trabalho, considera-se *ação* o poder (direito potestativo) abstrato de, mediante simples provocação ao Poder Judiciário, dar existência a processo (inicialmente imperfeito), poder esse diretamente decorrente do art. 5º, XXXV, da Constituição da República, e gerador da exigibilidade de que o Estado-Juiz dê alguma prestação jurisdicional a quem o provocou. A manifestação concreta de tal poder, com a especificação de partes, pedido e causa de pedir, chama-se, aqui, de *demanda* (denominando-se *pretensão processual* à combinação entre pedido e causa de pedir, e *pretensão material* à justa exigibilidade decorrente de um direito ou poder). Uma vez concretamente exercido o direito-poder de *ação* penal, ou seja, uma vez ajuizada uma (concreta e específica) *demanda* penal, tem-se *processo* penal. Cf. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. v. 1. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 339-342. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 102-144 e 292-330. Sob tais premissas conceituais, seria tecnicamente inadequada a prática, dos juízos e tribunais brasileiros, de chamar de *ações* penais os *processos* penais que lá tramitam. A fonte provável de tal engano talvez seja a – prosaica e nada científica – autuação: com ela, a secretaria do juízo ou tribunal diz, pela correspondente etiqueta: “eis a autuação da petição inicial veiculadora de ação penal” (*rectius*, demanda penal), dando-lhe número de registro; a partir daí, passa-se a chamar o ser materializado por tais autos, acriticamente, de “ação penal número tal”, quando, rigorosamente, se trata de processo penal. Chega-se a cogitar do “trancamento de ação penal”, quando, mais precisamente, o que se tranca é o *processo* penal. Por fim, eis a consequência dessas premissas conceituais que deu ensejo à presente nota de rodapé: quando se diz que determinado crime é de *ação penal pública* (ou *privada*), está-se fazendo referência não ao poder de provocação ao Judiciário (que *todos abstratamente possuem*, ainda que sem direito ao julgamento do mérito da causa), mas, sim, à *legitimidade* para a propositura daquela concreta demanda – tal *legitimidade* pertence a uma instituição pública (Ministério Público), nos chamados crimes de *ação penal pública*, e a pessoas privadas, nos chamados *crimes de ação penal privada*.

¹¹ Até mesmo a chamada prova *oral* deve ser reduzida a termo escrito, ou seja, *documentada*.

¹² À formação de tal convicção se dá o nome de *opinio delicti*. Na hipótese de o legítimo interessado formar *opinio delicti negativa*, resta impossibilitado o ajuizamento de demanda penal condenatória; ao particular,

lado, serve (ou deveria servir) para instrumentalizar a preparação defensiva diante de possível demanda penal¹³.

Em momento lógico posterior, caso venha a ser ajuizada demanda penal condenatória referente ao suposto fato, o mencionado esclarecimento também fornece material informativo para que a defesa do demandado possa pleitear o não recebimento judicial da demanda ou a absolvição sumária do demandado, assim como ao juiz do feito, para decidir sobre tais questões.

E, caso a demanda penal condenatória seja judicialmente recebida, o referido esclarecimento fático pode instrumentalizar a atividade probatória das partes interessadas na procedência ou improcedência da correspondente pretensão processual – e, conforme o entendimento que se tem do sistema acusatório, auxiliaria também à condução, pelo juiz da causa, da respectiva instrução probatória.

Do ponto de vista do cidadão imputado ou condenado, sempre há

convicto da inexistência de fato penalmente punível (ou da ausência insanável de elementos de informação suficientes quanto a tal fato), basta a silenciosa inércia; ao Ministério Público, impõe-se a fundamentada promoção de arquivamento, dirigida ao Poder Judiciário, quanto a inquéritos policiais e peças de informação, ou, no caso de procedimentos ministeriais de investigação criminal (caso se lhes admita a validade), para o correspondente colegiado ministerial. Na hipótese de *opinio delicti positiva*, possibilita-se a correspondente demanda penal condenatória para o particular legitimamente interessado e impõe-se o seu ajuizamento, ou proposta de transação penal, quando cabível, pelo Ministério Público. Portanto, embora tradicionalmente se correlacione a *opinio delicti* à convicção ensejadora do oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, o convencimento sobre suposto crime punível pode, do ponto de vista objetivo, ser *positivo* ou *negativo* (conforme se conclua, afirmativa ou negativamente, sobre a existência e a suficiência de inicial fundamento cognitivo quanto a tal fato). E, do ponto de vista subjetivo, a *opinio delicti* pode ser formada pelo Ministério Público (como já aceito pelo senso comum), por *particular* (no caso da chamada ação penal privada) e, contra a tradição do termo, até mesmo pela *defesa* (afinal, o investigado e sua defesa têm direito a formar convencimento sobre o suposto fato, até mesmo para combaterem constrangimentos ilegais ou se prepararem para eventual processo penal cognitivo-condenatório). Apesar de soarem heterodoxas, são plenamente coerentes com os pressupostos deste trabalho, ao lado da tradicional *opinio delicti ministerial e positiva*, as expressões *opinio delicti (ministerial) negativa*, *opinio delicti particular* (positiva ou negativa) e – a mais inusitada – *opinio delicti defensiva* (positiva ou negativa).

¹³ V. SAAD, Marta. Exercício do direito de defesa no inquérito policial. In: *Boletim do IBCrim*, nº 166, setembro de 2006. Da mesma autora, *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: RT, 2010. RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa do investigado. In: RASCOVSKI, Luiz (coord). *Temas relevantes de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 111-147. Cf. tb., no Direito italiano, STEFANI, Eraldo. DI DONATO, Fabrizio. *L'Investigazione privata nella pratica penale – guida alla indagine difensiva per avvocati, investigatori privati e consulenti tecnici*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 8-15 (sobre investigação defensiva e o direito de se defender provando) e p. 15-21 (sobre a investigação pelo ofendido e outros legítimos interessados).

interesse na busca de elementos de informação que lhe sejam favoráveis. Para o imputado, existe tal interesse desde que se descobre destinatário de suspeitas quanto à prática de fato penalmente relevante e até que se veja livre delas e de qualquer de seus incômodos consecutórios (acusações, processos, decisões condenatórias). Para o injustamente condenado (seja a injustiça material ou processual), há interesse no aparelhamento de eventual demanda de revisão criminal. Para o justamente condenado, há interesse na obtenção de elementos para fundamentar, por exemplo, sua reabilitação.

Também a suposta vítima tem legítimo interesse na investigação criminal, seja na condição de titular de ação penal privada, seja como auxiliar na ação penal pública.

A investigação criminal é, por isso, instrumento imprescindível do sistema penal, de modo que, em todos os campos onde houver regulamentação penal legítima, deverá ser juridicamente admissível investigação *eficiente* (ainda que juridicamente *limitada*)¹⁴.

A propósito da aplicação, no Direito Processual Penal, dos conceitos de *eficiência*, *eficácia* e *efetividade*, adota-se o posicionamento de Antonio Scarance Fernandes¹⁵. Para esse autor, *eficiência* é a capacidade dos entes abstratos processuais (atos, meios de prova, meios de investigação) de gerarem os efeitos para os quais foram criados: no exemplo da citação, a eficiência será sua capacidade de cientificar o acusado sobre a imputação penal que lhe foi formalmente atribuída; no exemplo do meio de investigação, a eficiência será sua capacidade de obter fonte de prova (ou, acrescente-se, elemento de informação) sobre o suposto fato, então investigado. Prosseguindo, Scarance Fernandes sustenta que a *eficácia* é o real atingimento, pelos referidos entes processuais, dos efeitos que deles se esperam: pelos exemplos acima, “a citação será eficaz se realmente o acusado tomar ciência da acusação que lhe foi imputada; o meio de investigação será

¹⁴ V. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Dos órgãos de polícia criminal – natureza, intervenção, cooperação*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 81-83.

¹⁵ Cf. SCARANCA FERNANDES, Antonio. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: SCARANCA FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de. MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Sigilo no processo penal – eficiência e garantismo*. São Paulo: RT, 2008, p. 9-28, especialmente p. 24-26. V. tb. KALB, Luigi. *La “ricostruzione orale” del fatto tra “efficienza” ed “efficacia” del processo penale*. Torino: G. Giappichelli, 2005, p. 164- 239.

eficaz se a fonte desejada for descoberta, auxiliando no esclarecimento do fato apurado”¹⁶. Por fim, o referido autor aponta a *efetividade* como a ocorrência do efeito social positivo que a ordem jurídica espera após o exaurimento da eficácia de cada ente processual abstrato: a citação será efetiva se o acusado realmente vier ao processo e se defender, o meio de investigação será efetivo se resultar em elemento de informação significativo para a formação da *opinio delicti* (positiva ou negativa) ou indicar fonte de prova útil para o resultado da causa¹⁷.

De um lado, é eficiente a investigação criminal apta a trazer a lume suficiente material reconstrutivo, que demonstre interesse estatal no esclarecimento de supostos crimes, dando fundamento a acusações justas e, mais importante, evitando acusações injustas¹⁸.

De outro lado, somente pode ser considerada eficiente a investigação criminal obediente aos direitos fundamentais, inspiradores do denominado garantismo penal. Afinal, trata-se de conquistas civilizatórias das quais não se pode abrir mão, seja por sua importância política (estruturam uma sociedade boa e justa), seja por sua importância jurídica (legitimam a validade do ordenamento)¹⁹.

Como se discorrerá ao longo deste trabalho, a ordem jurídica brasileira não admite a exclusão apriorística da incidência dos princípios processuais garantistas na análise de quaisquer fatos penalmente relevantes, por mais supostamente graves que sejam. Por outro lado, sustentar-se-á que isso não deve impedir que o Poder Judiciário brasileiro leve em consideração, nos exames (prévio) de admissibilidade e (posterior) de revalidação de medidas investigativas, os diferentes graus de complexidade apuratória demandados pelos variados contextos aparentemente criminosos.

¹⁶ SCARANCA FERNANDES, Antonio. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal, obra já citada, p. 25.

¹⁷ SCARANCA FERNANDES, Antonio. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal, obra já citada, p. 25-26.

¹⁸ V. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*, v. 1, obra já citada, p. 227-236.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, P. 833-847.

1.2. Uma observação criminológica

Em debates político-eleitorais, prometer-se endurecimento penal e revigoração das investigações criminais é chamariz de votos conhecido por todas as civilizações democráticas. Todavia, como alerta Davi Tangerino²⁰, o Direito Criminal é o menos efetivo e o mais rico em efeitos colaterais de todos os meios de controle social; seu emprego significa o fracasso de todas as outras instâncias responsáveis pela harmônica vida em sociedade (família, escola, esportes e outras atividades culturais, promoção social governamental ou do chamado *terceiro setor* etc.), assim como a derrota de outras disciplinas jurídicas (Direitos Civil, do Trabalho, Administrativo, Tributário, Sanitário etc.).

A prática de condutas extremamente lesivas ou perigosas para a vida social é fenômeno aparentemente inafastável da humanidade. Combatê-las é preciso, inclusive, como *ultima ratio*, através do Direito Criminal. Mas devemos aceitar que o Direito Criminal é mero coadjuvante do desenvolvimento social – todas as nações consideradas bem desenvolvidas obtiveram tal *status* através da priorização e protagonismo de mecanismos de promoção social, especialmente a educação.

Por isso, embora a inovação investigativa seja tratada aqui como *eventual necessidade* na vida social contemporânea, tem-se por igual pressuposto que o Direito Criminal é útil na repressão a manifestações criminosas já conflagradas no seio social, mas, realisticamente, oferece muito pouco quanto à prevenção de novas manifestações criminosas.

1.3. Premissas conceituais sobre pessoas e grupos investigados

São aqui esboçados conceitos – sempre provisórios e criticáveis – sobre pessoas e grupos integrantes do universo temático da investigação criminal.

²⁰ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 155-163.

Utiliza-se o abrangente termo *imputado* para a referência a toda pessoa submetida a persecução penal (embora sempre presumida inocente), desde a formulação válida de suspeitas por agentes competentes ou interessados na investigação ou repressão até o arquivamento ou trânsito em julgado da correspondente sentença criminal²¹. As demais expressões componentes deste campo semântico são aqui raramente empregadas e têm caráter propositalmente limitador. Menciona-se *delatado* para se designar o imputado que for apontado por terceiro (diverso dos sujeitos ativos da persecução) como sendo suposto autor de fato penalmente punível. O termo *suspeito* é classicamente dirigido àquele em face de quem exista fundamento racional para ligá-lo ao cometimento de crime já ocorrido (ou, à preparação de crime iminente)²². A expressão *investigado* é usada para a referência ao imputado na fase pré-processual. *Indiciado*, para aquele em face de quem houver conclusão policial (indiciamento) no sentido da existência de elementos de informação demonstrativos da prática de fato penalmente punível. *Denunciado* ou *demandado*, na situação em que houver denúncia criminal já oferecida em face do imputado, mas ainda pendente de recebimento. *Acusado* ou *réu*, quando tal denúncia já tiver sido recebida e ainda não sobrevier sentença. *Sentenciado*, quando a sentença for desfavorável ao imputado. Se a sentença lhe for plenamente favorável, ter-se-á a situação processual²³ de *absolvido* ou, no caso de recurso da acusação, de *recorrido*. Se o imputado recorrer contra a sentença que lhe for supostamente desfavorável, tem-se a situação de *recorrente*. No caso de impetração de *habeas corpus*, o titular do direito ambulatorial alegadamente violado ou ameaçado é chamado de *paciente*, o signatário da petição é denominado *impetrante* e o suposto violador do direito alegado, *impetrado*. Na hipótese de condenação penal passada em julgado, única situação de afastamento da presunção de inocência, o até então imputado passa à categoria de *condenado*.

A denominação das diversas categorias de grupos criminosos está longe do consenso doutrinário, mas recebeu alguma contribuição com o recente advento da Lei Federal nº 12850/2013.

²¹ MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 52.

²² Sobre a perigosa ampliação da ideia de suspeito, v. subitem 5.3.4.1.

²³ Do ponto de vista jurídico-material, quem é absolvido tem a mesma situação de todos os imputados: inocente (art. 5º, LVII, da CR).

Sobre as tradicionais manifestações de *concurso de pessoas*, a doutrina e a jurisprudência são suficientemente consolidadas: nessa modalidade os arts. 29 a 31 do Código Penal reúnem todas as situações de liames intersubjetivos entre praticantes de tipo penal, doloso ou culposo²⁴.

Contemporaneamente, é notória a existência de estruturas criminosas plurissubjetivas que, apesar de abrangidas pela ideia geral de concurso de pessoas, demonstram-se muito mais sofisticadas que as referidas manifestações tradicionais do *concursum delinquentium*. Para os fins deste trabalho, deve ser esclarecido o que se entende por associação criminosa, organização criminosa em sentido amplo, organização criminosa em sentido estrito e organização terrorista. Ressalte-se que tais conceituações se dirigem prioritariamente para o tema da investigação criminal e de seus diferentes graus de complexidade, de modo que suas implicações jurídico-materiais e criminológicas receberão aqui pouco enfoque.

O conceito aqui adotado de *associação criminosa* é o trazido pela nova redação do art. 288 do Código Penal, determinada pela Lei Federal nº 12850/2013, que a define como o ato de se agregarem três ou mais pessoas para o fim específico de cometer crimes²⁵.

Denomina-se, aqui, *organização criminosa em sentido amplo* toda associação estável e hierarquizada, com estruturação e dinâmica emuladoras da forma empresarial, da qual participe uma pluralidade significativa de pessoas, para o fim imediato de praticarem crimes considerados graves pelo ordenamento jurídico. A esses três elementos essenciais (pluralidade de agentes, estruturação e dinâmica emuladoras da forma empresarial e finalidade imediata de praticar crimes graves), costumam-se somar outras características, acidentais, mas frequentes: elevado poder de corrupção e cooptação; uso de violência e intimidação para submeter os membros da organização e para obter a

²⁴ V. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. Parte geral. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 663-697. MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, v. II, ed. rev., atual. e reform. Campinas: Millenium, 2002, p. 359-386.

²⁵ Com isso, não mais existe no Direito brasileiro a *quadilha* ou *bando*, grupo formado por quatro ou mais pessoas com a finalidade de cometerem crimes. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 94-95.

colaboração ou o silêncio de pessoas não-participantes do núcleo criminoso; emprego de mecanismos de lavagem de dinheiro para dar aparência de legitimidade ao dinheiro obtido criminosamente; tendência à expansão regional ou internacional; manuseio de modernas tecnologias e conhecimentos especializados²⁶. As duas principais manifestações de organizações criminosas em sentido amplo são, para os fins deste estudo, as organizações criminosas em sentido estrito e as organizações terroristas.

O termo *organização criminosa em sentido estrito* é, aqui, empregado para indicar o grupo criminoso no qual se verifica, além dos três elementos essenciais acima apontados (pluralidade de agentes, estruturação e dinâmica emuladoras da forma empresarial e finalidade imediata de praticar crimes graves), e de, eventualmente, alguma das características acidentais referidas, a *finalidade mediata (ou seja, o objetivo último, porém principal) de obtenção de vantagens variadas, geralmente lucros ilícitos*. Nessa linha, foi estabelecido conceito pelo art. 1º, § 1º, da Lei Federal nº 12850/2013: “considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”.

Já a expressão *organização terrorista* é, neste trabalho, correspondente ao grupo criminoso no qual se verifica, além dos três elementos essenciais acima apontados (pluralidade de agentes, estruturação e dinâmica emuladoras da forma empresarial e finalidade imediata de praticar crimes graves), e de, eventualmente, alguma das características acidentais referidas, a *finalidade mediata (ou seja, o objetivo último, porém principal) de chamar a atenção para determinada ideia, através da promoção de considerável instabilidade em certa comunidade sócio-política*²⁷.

²⁶ Cf. SCARANCE FERNANDES, Antonio. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de. MORAES, Mauricio Zanoide de (coords.). *Crime organizado – aspectos processuais*. São Paulo: RT, 2009, p. 12-15. V. tb. BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCrim, 2004, p. 63-91. V. tb. SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 19-39.

²⁷ WADE, Mariane. MALJEVIC, Almir. Introduction. SIEBER, Ulrich. Instruments of international law: against terrorist use of the internet. Ambos os artigos em: WADE, Mariane. MALJEVIC, Almir (ed.). *A war on terror? The european stance on a new threat, changing laws and human rights implications*.

Vale notar que o art. 1º, § 1º, da Lei Federal nº 12850/2013, ao apontar, como objetivo das organizações criminosas, a obtenção “vantagem de qualquer natureza”, praticamente circunscreveu as organizações terroristas nacionais no âmbito das organizações criminosas, tornando aquelas uma espécie destas.

Ademais, a referida Lei Federal nº 12850/2013, ao dispor sobre as organizações criminosas, declaradamente estende seu âmbito às infrações penais transnacionais previstas em diplomas internacionais e também às organizações terroristas internacionais (ainda que tais modalidades delitivas se refiram a um só crime)²⁸.

As variadas formas de agremiação criminosa são dignas de especial atenção deste estudo, uma vez que praticamente todas as inovações técnicas ou tecnológicas na investigação criminal surgem da necessidade de serem apurados esquemas delituosos complexos, geralmente praticados por supostos grupos criminosos.

1.4. Análise interessada do léxico probatório

A teoria da prova penal se relaciona com o estudo da investigação criminal, embora não lhe seja coincidente, tampouco o contenha ou seja por ele contida. A principal intersecção entre os dois temas se constitui exatamente dos tópicos de maior interesse para este estudo – meios, procedimentos técnico-jurídicos, epistemologia e

Heidelberg: Springer, 2010, p. 1-10 e 171-219.

²⁸ Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. § 2º Esta Lei se aplica também: I – às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; II – às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado*, obra já citada, p. 11. NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, v. 2, obra já citada, p. 677-678.

conclusões da investigação e seu controle jurídico, especialmente em sede judicial.

Inicialmente, serão apresentados conceitos de teoria da prova que se façam relevantes para a argumentação jurídica a ser estruturada²⁹.

Michele Taruffo³⁰, Marina Gascón Abellan³¹, Antonio Magalhães Gomes Filho³² e Gustavo Badaró³³, de modo razoavelmente harmônico, ressaltam a importância e a complexidade do tema *prova* na ciência processual e propõem o estabelecimento de terminologia unificada, uma vez que o debate jurídico-acadêmico só tem a perder com a – ainda vigente – diversidade de denominações legais, doutrinárias e jurisprudenciais sobre da prova. Taruffo chega a advertir que “a teoria das provas é rica de vocábulos, mas é assaz pobre de conceitos confiáveis e rigorosamente formulados”³⁴.

Tome-se o exemplo do CPP brasileiro, que, mesmo após recente reforma sobre o ponto (operada pela Lei Federal nº 11.690/2008), utiliza o termo “prova” em diversas acepções³⁵: no *caput* do art. 155 como conjunto dos *elementos de prova* (“O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da *prova* produzida em contraditório judicial”); no parágrafo único do mesmo art. 155 tem-se a ideia de *meio de prova* (“Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei

²⁹ A expressão “análise interessada” foi inspirada no trabalho de TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 14-50. Ao denominar “história interessada do delito e da culpa” um de seus tópicos iniciais sobre a culpabilidade penal, discorre o autor (p. 14): “Por que denominar o tópico de história interessada? Percorrer uma trilha histórica é sempre escolher alguns fatos em detrimento de outros, sob pena de ser preciso sempre recontar todas as tramas humanas desde tempos imemoriáveis. Raramente, assim, os juristas resistem à tentação de iniciar suas reflexões no Código de Hamurabi ou no de Manu. O retorno ao passado serve à presente análise como tentativa de entender como a ideia de culpa surgiu, sendo impossível deixar de inseri-la no óbvio contexto da formação do próprio Direito Penal.”

³⁰ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici – nozioni generali*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 413-414.

³¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos em el derecho – bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial, Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1999, p. 83.

³² Cf. V. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz. MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 303-318.

³³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 269-270.

³⁴ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. obra citada, p. 441. Sobre o furor classificatório na teoria das provas: “O elenco [de distinções e classificações] poderia prosseguir, mas se mostra evidente que se trata de meras definições lexicais, que ocasionalmente se voltam para um ou outro aspecto de algum meio de prova, com escasso rigor e nenhuma pretensão de aprofundamento analítico. Tais definições são, no entanto, uma última confirmação de que a teoria das provas é rica de vocábulos, mas é assaz pobre de conceitos confiáveis e rigorosamente formulados.”

³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righy Ivahy. *Processo penal*, obra já citada, p. 269.

civil”); na primeira parte do art. 156, cogita-se do *resultado probatório* (“A prova da alegação incumbirá a quem a fizer”); na segunda parte do mesmo art. 156, menciona-se a *atividade probatória* (“... sendo facultado ao juiz, de ofício, ordenar... determinar... provas... diligências...”); no art. 18, apontam-se *fontes lícitas de prova* (“... a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras *provas* tiver notícia”); no art. 157, há referência a *fontes de prova obtidas ilicitamente* (“São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as *provas* ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”); nos arts. 203 a 225, estabelece um *procedimento probatório* quanto aos depoimentos testemunhais. Ademais, os onze capítulos do Título VII do Livro I de nosso CPP (“Da prova”), justapõem desordenadamente, como se paralelos fossem, *meios de prova* (depoimentos testemunhais e do ofendido, perícias em juízo e juntadas de documentos), *meios de investigação* (exame de corpo de delito, perícias investigativas, reconhecimento de pessoas e coisas³⁶, busca e apreensão), a confissão (que é *elemento* de prova), o interrogatório do acusado (que é principalmente *meio de defesa*), a acareação (que pode ser *meio de prova* ou *meio de defesa*) e os indícios (que, no art. 239, indicam *elementos indiretos de prova* e, nos arts. 126, 312 e 413, significam *provas semiplenas*). Essas e outras figuras do léxico probatório serão agora abordadas, com a exclusiva finalidade de dar coesão e coerência ao desenvolvimento do estudo.

Inicialmente, cabe lembrar que, rigorosamente, o Direito Processual não se preocupa com a prova de fatos, mas, sim, com a prova de *afirmações* sobre fatos³⁷. Por exemplo, em processo penal em que a acusação diz “João efetuou golpes de faca contra Carlos”, busca-se a prova de que tal *afirmação* é ou não digna de convencer o juiz, não sendo necessária a – historicamente impossível – repetição de tal fato diante do julgador. Mesmo nos casos de prova sobre a vigência de normas jurídicas estaduais, municipais ou estrangeiras (art. 337 do CPC e art. 14 da LINDB, antiga LICC), o que se procura

³⁶ O reconhecimento de pessoas e coisas pode ser meio de prova (*rectius*, estar contido no meio de prova testemunhal), mas, na maioria dos casos, é prioritariamente meio de investigação, empregado para a formação da *opinio delicti* e, caso se chegue à instrução processual, a correspondente testemunha apenas lá confirma o reconhecimento feito em fase investigativa (já inevitavelmente condicionada pela memória – ou falsa memória – da pessoa ou coisa reconhecida). Cf. LOPES, Mariângela Tomé. Algumas questões controversas acerca do reconhecimento. In: RASCOVSKI, Luiz (coord). *Temas relevantes de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 189-235.

³⁷ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*, obra citada, p. 413-425. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos em el derecho*, obra citada, p. 83. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova, obra citada, p. 307.

demonstrar é a credibilidade da *asserção*: “na Itália (ou no Estado de Minas Gerais, ou no Município de Governador Valadares) vige a norma jurídica X”. Como ressalta Marina Gascón Abellan³⁸, “um fato não pode ser provado *a posteriori*, apenas se lhe pode *constatar* a ocorrência. O que se provam são enunciados assertivos, ou seja, proposições”. Entretanto, para que não se repita desnecessariamente a expressão *prova da afirmação sobre o fato*, entenda-se, neste trabalho, que é a ela que se reporta com a simplificação *prova do fato*.

Ademais, qualquer afirmação fática supostamente provada (*enunciado probatório*) tende a ter, pelo menos, um problema epistemológico incontornável: salvo nos raros casos em que o interlocutor-avaliador³⁹ (juiz, delegado de polícia, promotor de justiça, defensor público ou particular, investigador privado etc.) tenha observado diretamente⁴⁰ o acontecimento a ser provado, o destinatário da informação deve dar maior ou menor crédito a dados fornecidos por *terceiros*, que podem estar equivocados, imbuídos de má-fé etc. Se a afirmação fática a ser provada é “João efetuou golpes de faca contra Carlos”, e a testemunha Marcelo diz ao interlocutor que viu exatamente isso ocorrer, tal interlocutor não sabe, rigorosamente, se os referidos golpes de faca foram realmente efetuados, mas, apenas, que a testemunha Marcelo *disse* que isso aconteceu – cabe ao destinatário da informação decidir se, e em que medida, deve acreditar no depoimento. Tal problema também ocorre com enunciados documentais, conclusões periciais e quaisquer outros elementos de prova (e de investigação): é sempre possível que contenham informação inexata, sobre a qual o destinatário não teve acesso direto. E, diante disso, o destinatário deverá dar maior, menor ou nenhum crédito à informação, para tomar decisão

³⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos em el derecho*, obra citada, p. 83.

³⁹ Adiante-se que, se os elementos informativos intraprocessuais têm como primeiro destinatário o Estado-Juiz, os elementos informativos extraprocessuais têm contato inicial com aqueles que buscam suas fontes e que, a partir deles, devem fazer opção juridicamente relevante (indiciamento, oferecimento de denúncia, apresentação de resposta à acusação, ajuizamento de *habeas corpus* preventivo etc.). Nesse sentido, quando se disser *jugador da prova*, em sentido amplo, não há correspondência necessária com o Estado-Juiz, mas com todos os que atuam como destinatários iniciais de informações investigativas, fontes e elementos de prova.

⁴⁰ Dificilmente o enunciado fático a ser provado pode ser observado diretamente pelo destinatário da prova. Quando se ouve testemunha ou se lê laudo pericial, tem-se a versão de terceiro. Mesmo nas inspeções (visitas pessoais a locais relevantes), o delegado de polícia, promotor de justiça ou juiz somente observam, no máximo, vestígios (pretéritos) do fato alegado. Só se consegue imaginar a observação direta, pelo destinatário da prova, do próprio enunciado fático a ser provado nas raras hipóteses em que o fato alegado ainda está ocorrendo, no momento da inspeção (por exemplo, em crimes permanentes; numa acusação de suposta injúria permanente, mediante a afixação de *outdoor* injurioso em área de propriedade do suposto sujeito ativo, o juiz, em inspeção judicial, pode ir ao lugar do fato e observá-lo diretamente e em plena ocorrência).

juridicamente relevante (indiciamento, oferecimento de denúncia, decisão judicial etc.)⁴¹.

Apontam-se três acepções comuns da palavra *prova*, empregadas na linguagem jurídica e não jurídica⁴². Como *demonstração*: na linguagem comum, costuma-se dizer que a prova serve para estabelecer a verdade sobre determinado fato, ou seja, apresenta elementos de informação idôneos para decidir sobre a veracidade de uma afirmação; em Direito, diz-se que ela fornece elementos capazes de autorizar um determinado grau de convencimento sobre a ocorrência de fatos alegados. Como *atividade ou procedimento de experimentação*: na linguagem comum, aponta-se a prova como destinada a verificar a correção de uma hipótese ou afirmação, aos moldes de um *teste*; em Direito, é conhecida a fase processual de *instrução probatória*, na qual são recolhidos e analisados os elementos necessários para a confirmação ou refutação das alegações fáticas relevantes para determinada causa. Também há referência a prova como *desafio* ou *competição*: na linguagem comum, para indicar obstáculo que deve ser superado como condição para se obter o reconhecimento de certas qualidades ou aptidões; em Direito, aponta-se o *ônus da prova* como sendo o encargo imposto à parte processual para demonstrar a credibilidade de asserção fática de seu interesse.

Ao lado dessa tríade “*demonstração, experimentação e desafio*”, Michele Taruffo⁴³ e Marina Gascón Abellán⁴⁴ estabelecem outra significativamente homóloga: os contextos probatórios de *descoberta, justificação e processamento intelectual e estrutural*. Quando se apresenta ao julgador, a prova é elemento de *descoberta* sobre a credibilidade das asserções relevantes para a correspondente decisão – exerce controle das hipóteses já formuladas sobre o fato, à maneira do *trial and error*, confirmando-as ou as refutando; e também é fator de descoberta de novas hipóteses sobre o fato, a partir de inferências probabilísticas (raciocínios abduativos). Depois que a decisão sobre o fato probando já se formulou na mente do julgador, a prova é elemento de *justificação* dessa decisão, pois sustenta racionalmente a hipótese escolhida como asserção verdadeira sobre o fato. Entre sua apresentação ao julgador e a formulação mental da decisão sobre o fato probando, a

⁴¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos em el derecho*, obra citada, p. 89-90.

⁴² TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*, obra citada, p. 414-415. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova, obra citada, p. 304-306.

⁴³ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*, obra citada, p. 413-425.

⁴⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos em el derecho*, obra citada, p. 84-97.

prova é elemento de *escolha* da hipótese mais digna de crédito entre as possíveis, através de *processamento intelectual* (interno ao julgador) e *estrutural* (externamente manifestado através de um procedimento jurídico).

No contexto de *descoberta*, prova corresponde à informação apta a confirmar ou refutar uma asserção sobre fato da causa – é nesse campo semântico que se cogita de *fonte*, *elemento* e *meio* de prova. No contexto de *justificação*, a prova é a conclusão que se extrai da matéria informadora: trata-se do *resultado* da prova⁴⁵. No campo do *processamento intelectual e estrutural*, aponta-se para o encadeamento discursivo entre a proposição e assunção da matéria informadora e a conclusão que dela se extrai: internamente, em seu âmbito mental, o destinatário da prova *formula gradativamente* sua convicção; externamente, nas normas jurídicas e nos autos processuais, verifica-se a estruturação jurídica de um *procedimento*, no qual se tem a apresentação da prova (*presentation of evidence*) e o arazoamento (inferência probatória) com o qual o julgador estabelece que o fato está provado, sob sustentação dos elementos informadores de que dispõe.

Evoluindo das acepções comuns (demonstração, experimentação ou desafio), Antonio Magalhães Gomes Filho⁴⁶ indica os diversos aspectos da palavra prova utilizados no processo.

Elemento de prova⁴⁷ seria o dado objetivo que confirma ou nega asserção a respeito de fato que interesse à decisão da causa, necessariamente colhido sob contraditório judicial (por conhecidos motivos jurídicos e epistemológicos⁴⁸) ou, quando

⁴⁵ Em inglês, *proof*; em alemão, *Beweis*.

⁴⁶ Cf. V. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova, obra citada, p. 307-318.

⁴⁷ Em inglês, *evidence*; em alemão, *Beweiselement*.

⁴⁸ Sobre a importância do contraditório na produção dos elementos de prova, Giulio Ubertis ressalta, além dos fundamentos *jurídicos* (legitimidade da futura decisão, para cuja construção as partes puderam contribuir igualmente), razões *epistemológicas*: o suficiente debate paritário entre os interessados no futuro provimento jurisdicional é otimizador da correlata reconstrução fática. V. UBERTIS, Giulio. Il contraddittorio nella formazione della prova penale. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 333-334. O reconhecimento de que há fundamentos *jurídicos* e também razões *epistemológicas* em favor do princípio do contraditório está na base do princípio da identidade física do juiz (incluído no § 2º do art. 399 do CPP brasileiro pela Lei nº 11.719/2008): a principal finalidade para a lei dispor que “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença” está em que tal juiz-presidente, ao acompanhar a produção probatória sob contraditório oral, adquiriu *melhor conhecimento* da causa em

ausente o contraditório judicial em sua produção, justificado por situações de irrepetibilidade, cautelaridade ou legítima antecipação, sobre as quais se discorrerá abaixo. O conteúdo do que foi declarado por testemunha sobre ponto específico, determinada opinião do perito designado, o conteúdo de documento relevante são exemplos de elemento de prova. Este pode ser *direto* (p.e., conclusão pericial sobre se tratar ou não de entorpecente) ou *indireto* (eis uma das acepções do termo *indício*, no sentido de que, diante de tal elemento, o juiz precisa realizar mais de uma operação inferencial para alcançar conclusão sobre o fato a provar⁴⁹).

O *elemento* de prova é epistemologicamente muito superior ao denominado *argumento* de prova, referido, por exemplo, pelo art. 116, 2, do CPP italiano⁵⁰ – são argumentos de prova as inferências feitas pelo juiz a partir de dados processuais considerados por demais enganosos para serem aceitos como elementos probatórios (tais como a forma das respostas das partes em sede de interrogatório livre, sua recusa em consentir inspeções ou seu comportamento – aberto ou esquivo – no processo).

Na linguagem do CPP brasileiro, utiliza-se também a expressão *elemento informativo* (art. 155).

relação a outros magistrados. As referidas razões *epistemológicas* em favor do princípio do contraditório também servem à crítica que se pode fazer ao emprego, no plenário do júri (*judicium causae*), de elementos de prova oral colhidos sob contraditório no *judicium accusationis* (na presença do juiz sumariante, mas longe do – ainda não constituído – corpo de jurados): ainda que os fundamentos jurídicos da produção probatória oral confrontativa perante o *judicium accusationis* tenham sido atendidos, a qualidade epistemológica da prova meramente lida em plenário para os jurados é muito menor que a da prova lá produzida (ou reproduzida). Sobre a admissão *jurídica* da leitura, em plenário do júri, de elementos de prova oral colhidos sob contraditório no *judicium accusationis*, cf. GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 65, 2007, p. 175-208, ressaltando-se que esse último artigo fora publicado antes da inclusão do referido § 2º no art. 399 do CPP brasileiro.

⁴⁹ Antonio Magalhães Gomes Filho, Notas sobre a terminologia da prova, obra citada, p. 311-312, destaca a polivalência, no léxico probatório do CPP brasileiro, quanto ao termo *indício*. V. tb. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. Reimpressão. Rio de Janeiro: 2009, Lumen Juris, p. 25-41. No art. 239, o CPP se reporta a indício como *elemento indireto de prova*, “circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Já nos arts. 126 (sequestro de imóveis), 312 (prisão preventiva) e 413 (pronúncia, no procedimento do júri), o CPP se refere a indício como *prova semiplena*, elemento cognitivo de *menor valor persuasivo*. E o CPP ainda faz referência à *fundada suspeita* (requisito para a busca pessoal, arts. 240, § 2º e 244), como sendo a suspeita (fenômeno subjetivo, estado de ânimo, intuição) qualificada pela fundamentação em dado objetivo suficientemente sólido.

⁵⁰ Art. 116, 2, do CPP italiano: “O juiz pode depreender argumentos de prova a partir das respostas que as partes lhe dão, nos termos do artigo seguinte, pela recusa injustificada [das partes] em consentir as inspeções que ele ordenou e, em geral, pela conduta das partes no processo.”

Em sentido estrito, elemento penal informativo (aqui também chamado de *mero elemento de informação* ou *elemento investigativo*) é o dado objetivo colhido sem regular contraditório judicial, geralmente (mas nem sempre) em fase pré-processual penal, referente ao suposto fato penalmente relevante sob reconstrução e passível de ser posteriormente reproduzido na fase e modo processualmente próprios (p.e., a afirmação de suposta vítima ou testemunha perante autoridade policial presidente do inquérito correlato; ou a declaração verbal, contra ou a favor do imputado, ocorrida paralelamente ao curso de processo penal). Eis outro emprego da palavra *indício* – pouco rigoroso, mas ainda observado na doutrina e jurisprudência criminais brasileiras –, no sentido de prova semiplena, elemento cognitivo de menor valor persuasivo (ou do resultado persuasivo produzido por este em seu destinatário)⁵¹.

Ainda em fase pré-processual, pode-se vislumbrar no mero elemento de informação um elemento de prova *pós-constituível*, ou seja, um *potencial* elemento de prova.

Em sentido amplo, elemento penal informativo (ou de informação) é expressão que contempla os elementos informativos em sentido estrito (ou meros elementos de informação) e os elementos de prova (pré ou pós-constituídos).

Por tudo isso, dito de outro modo, no Direito Processual Penal brasileiro *elemento de prova* pode ser entendido como elemento informativo *geralmente* qualificado (jurídica e epistemologicamente) por ter sido colhido sob regular contraditório judicial ou, quando *excepcionalmente* ausente este, justificado por situações de irrepetibilidade, cautelaridade ou legítima antecipação, conforme a ressalva feita no *caput* do art. 155 de nosso CPP⁵².

Quanto à oportunidade temporal para sua elaboração, ou seja, em relação ao momento procedimentalmente usual para o contraditório em juízo, os elementos de *prova* podem ser *pré* ou *pós-constituídos*. O elemento de prova extraído de fonte

⁵¹ V. Antonio Magalhães Gomes Filho, Notas sobre a terminologia da prova, obra citada, p. 311-312. V. tb. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. Reimpressão. Rio de Janeiro: 2009, Lumen Juris, p. 25-29.

⁵² V. subitem 1.4.1, imediatamente abaixo.

documental obtida antes do ajuizamento da demanda é exemplo de prova *pré*-constituída. A afirmação testemunhal sobre determinado fato, no seio de regular contraditório judicial, é elemento probatório *pós*-constituído. Os elementos de *prova* também podem ser *pré* ou *pós*-constituíveis, em relação a terem ou não autorização jurídica para serem produzidos antes do momento procedimentalmente usual para o contraditório em juízo⁵³. Não há, entretanto, utilidade em se cogitar de elementos *investigativos* *pré*-constituídos ou *pré*-constituíveis, uma vez que todos os elementos investigativos são logicamente anteriores ao regular contraditório judicial (ainda que nascidos em plena instrução probatória), ou seja, todos eles são *pré*-constituídos e *pré*-constituíveis. Para os fins do processo ao qual inicialmente corresponderiam, tampouco há utilidade em elementos *investigativos* *pós*-constituídos ou *pós*-constituíveis, já que a busca de tais elementos deve ocorrer antes da normal instrução probatória – só há, pois, sentido nas expressões “elementos investigativos *pós*-constituídos” ou “*pós*-constituíveis” quando se indica *nova* instrução probatória (p.e, na revisão criminal fundada no art. 621, III, do CPP⁵⁴), de modo que inéditos elementos investigativos são *pós*-constituídos ou *pós*-constituíveis em relação à instrução probatória originária.

Resultado da prova (*proof*, *Beweis*) seria a conclusão que se extrai dos elementos de prova, a partir de procedimento intelectual (o mais objetivo possível), a ser praticado (prioritariamente) pelo juiz da causa. Segundo Gustavo Badaró⁵⁵, trata-se do convencimento que os elementos de informação (em sentido amplo) geram no juiz e nas partes, ilustrado, por exemplo, pela referência do art. 312 do CPP à “prova da existência do crime”.

Fontes de prova⁵⁶ são as pessoas ou coisas das quais se pode obter elemento de prova. Classificam-se em fontes *pessoais* (testemunhas, vítima, imputado⁵⁷,

⁵³ V. subitem 1.4.1, imediatamente abaixo.

⁵⁴ “Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: (...) III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.”

⁵⁵ *Processo penal*, obra citada, p. 269.

⁵⁶ *Evidence sources*, *Beweisquellen*.

⁵⁷ O imputado é fonte de prova *sui generis*. Quando ouvido, durante a fase pré-processual ou já na instrução probatória, tem o direito de silenciar ou de apresentar sua versão dos fatos, atuando mais como protagonista do debate probatório (em auto-defesa) que como mera fonte de prova. Há situações, entretanto, em que o imputado se apresenta como direta fonte probatória (com o valor epistemológico que lhe for cabível): imaginem-se as hipóteses de interceptação telefônica das conversas do imputado ou

peritos) e fontes *reais* (documentos e demais coisas aptas à extração de elementos de prova). Gustavo Badaró lembra que as fontes de prova surgem no mundo antes da instauração do correspondente processo⁵⁸: alguém testemunha certo fato, o qual posteriormente se revelará relevante em determinado processo penal, de modo que tal testemunha poderá ser chamada a relatar o que viu e ouviu em juízo; determinado documento é produzido e, posteriormente, é apontado como processualmente relevante e tem sua juntada requerida. Entretanto, tal preexistência só é logicamente necessária quanto ao fato punível objeto de acusação penal. Há vários pleitos de natureza cognitiva, executória ou cautelar que podem se apoiar em elementos extraídos de fontes de prova supervenientes à instauração do processo penal: as certidões de objeto e pé quanto a maus antecedentes criminais do acusado, relevantes para a individualização e dosimetria da pena, costumam ser geradas durante a instrução; uma falta disciplinar grave pode ser testemunhada durante o cumprimento de pena privativa de liberdade, com implicações na execução penal; determinada tentativa de destruição de prova, a ensejar a imposição de medida cautelar ao acusado, pode ter sido testemunhada após o recebimento da denúncia. Preexistentes ao processo ou não, as fontes de prova são os repositórios de informações processualmente relevantes, as quais são extraídas pelos *meios de prova* ou, excepcionalmente⁵⁹, pelos *meios de investigação*.

*Meios de prova*⁶⁰ são instrumentos ou atividades por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção da prova), “canais de informação de que se serve o juiz”⁶¹ – é o caso do testemunho, da juntada de documentos e da apresentação das conclusões periciais. O emprego dos meios de prova é atividade ordinariamente *endoprocessual*, que se

delação premiada deste, em face de terceiros, já também imputados ou até então não.

⁵⁸ Gustavo Badaró, *Processo penal*, obra citada, p. 269. V. tb. ARMENTA DEU, Teresa. La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en Europa y America en materia de prueba ilícita). In: ARMENTA DEU, Teresa. *Estudios sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 263-266.

⁵⁹ Como será dito logo a seguir, há elementos de prova que são obtidos diretamente pelos meios de investigação. Imagine-se o exemplo da interceptação, juridicamente legítima, da conversa telefônica entre o investigado “A” e o coinvestigado “B”, ambos posteriormente denunciados perante o juízo criminal pela prática do delito “X”: os seres humanos “A” e “B”, neste caso, foram fonte (pessoal) de prova, e suas palavras referentes ao delito “X”, devidamente captadas e consignadas nos autos do processo penal correlato, são elementos de prova (nesse caso, obtidos diretamente pelo meio investigativo denominado interceptação telefônica).

⁶⁰ Em outros ordenamentos jurídicos: *mezzi di prova*, *types of evidence admissible to court*, *moyens de preuve*, *Beweismittel*, *medios de prueba*.

⁶¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). Obra citada, p. 308-309.

desenvolve perante o juiz, sob contraditório, durante a fase de instrução do processo. É o que se depreende do art. 155 do CPP⁶², o qual ressalta a excepcionalidade da produção de provas fora do contraditório pleno, limitada às situações de cautelaridade, irrepetibilidade e nas – reduzidas – hipóteses em que haja fundamento legítimo para antecipação probatória não cautelar nem irrepetível (como ocorre com os documentos e demais provas pré-constituídas, nas quais não há contraditório em sua formação, embora o haja em sua produção em juízo⁶³). Antonio Scarance Fernandes⁶⁴, no âmbito dos meios de prova, aponta a existência dos *sucedâneos de prova*, ou seja, canais heterodoxos de informação judicial, os quais são questionavelmente propostos, admitidos, explorados sob contraditório imperfeito (ou inexistente) e valorados como se fossem meios probatórios regulares (e não o são). Segundo o referido autor, os dois principais exemplos de sucedâneos de prova são: o emprego, na audiência de julgamento, de elementos informativos já previamente colhidos (sem, portanto, o regular contraditório) e a substituição do meio de prova inicialmente adequado à situação probanda por outro de algum modo inadequado (testemunhos para suprir a ausência de certidões documentais, juntada de declarações escritas com frustração do procedimento testemunhal, testemunhos *de ouvir dizer* etc.)⁶⁵.

Os *meios de investigação, meios investigativos, meios de pesquisa* ou *meios de obtenção de prova*⁶⁶ também são instrumentos ou atividades de reconstrução dos fatos relevantes para determinada causa. Entretanto, diferem-se dos meios de prova por

⁶² Art. 155 do CPP: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

⁶³ V. BADARÓ, Gustavo, *Processo penal*, obra citada, p. 269 e 332-336.

⁶⁴ SCARANCE FERNANDES, Antonio. Tipicidade e sucedâneos de prova. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Provas no processo penal – estudo comparado*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 13-45.

⁶⁵ SCARANCE FERNANDES, Antonio. Tipicidade e sucedâneos de prova, obra já citada, p. 30-38. V. tb. BADARÓ, Gustavo Henrique Righy Ivahy. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 341-352.

⁶⁶ Em outros ordenamentos jurídicos: *mezzi di ricerca della prova, investigation measures, mesures d'investigation, Ermittlungsmaßnahmen, medios de investigación*.

serem empregados em atividade geralmente *pré*⁶⁷ e *extraprocessual*⁶⁸, com muito pouca proatividade do imputado (para o qual, muitas vezes, é *surpreendente*⁶⁹) e destinada à busca de elementos de informação em sentido amplo e fontes de prova (das quais se poderá, em eventual processo, extrair elementos de prova)⁷⁰. Constituem-se na manifestação visível do que à frente será denominado *ato de investigação*. São exemplos de *meios de investigação* as inspeções, buscas e apreensões, interceptações telefônicas etc. No caso da juntada de documentos, da audição de testemunhas e das perícias, o mesmo veículo epistemológico pode ser *meio de prova* ou *meio de investigação*, dependendo do momento procedimental, da finalidade, da profundidade cognitiva, do grau de contraditoriedade exigido e da autoridade destinatária do elemento cognitivo veiculado: caso o testemunho, documento ou perícia ocorra extrajudicialmente, sem contraditório e se destine à formação direta ou indireta da *opinio delicti*, trata-se de *meio de investigação*; caso ocorra sob o possível contraditório judicial e se destine à instrução processual e a influenciar no julgamento definitivo, trata-se de *meio de prova*.

Originária e usualmente, os meios de investigação se destinam à primeira reconstrução fática sobre possível crime, mediante a busca de fontes de prova: p.e., descobre-se a existência de possíveis testemunhas do fato investigado (costuma-se até ouvi-las unilateralmente, para se confirmar sua pertinência ou relevância, além de eventuais novas pistas) e, uma vez confirmadas serem mesmo testemunhas (fontes pessoais de prova), poderão ser futuramente ouvidas sob contraditório judicial (seu testemunho⁷¹ será, em eventual processo, *meio de prova*). Excepcionalmente⁷², os meios de investigação podem se destinar diretamente à busca de elementos de prova (não repetíveis, cautelares ou

⁶⁷ Como se discorrerá nos Capítulos 3 e 4, os meios de investigação não são necessariamente empregados *antes* do processo de conhecimento. Pode ocorrer, por exemplo, que, em pleno curso processual, as partes requeiram e o juiz determine o afastamento do sigilo bancário e fiscal de determinada pessoa; ou que a polícia continue a ouvir possíveis testemunhas sobre esquema criminoso pelo qual determinadas pessoas já respondem a processo penal, sob a desconfiança policial de que o esquema ainda prossegue, sob redobrado sigilo.

⁶⁸ É possível, por exemplo, o juízo criminal determinar busca e apreensão no curso do processo penal cognitivo, embora tal medida seja de ocorrência prática quase nunca verificada, por sua provável ineficácia.

⁶⁹ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 242-243.

⁷⁰ Antonio Magalhães Gomes Filho, Notas sobre a terminologia da prova, obra citada, p. 310, entende que os vícios relativos aos meios de prova levam à *nullidade* da prova produzida, enquanto vícios quanto aos meios de investigação (obtenção) tornam a prova *inadmissível* no processo.

⁷¹ Atente-se para o gênero: *a testemunha é fonte de prova; o testemunho é meio de investigação* (na fase pré-processual ou extrajudicialmente) ou *meio de prova* (quando produzido em juízo sob contraditório).

⁷² V. Capítulos 3 e 4.

legitimamente antecipados). Imagine-se, por exemplo, a interceptação, juridicamente correta, da conversa telefônica entre o investigado “A” e o coinvestigado “B”, ambos posteriormente denunciados perante o juízo criminal pela prática do delito “X”: os seres humanos “A” e “B”, neste caso, foram *fonte* (pessoal) de prova, e suas palavras referentes ao delito “X”, devidamente captadas e consignadas nos autos do processo penal correlato, são, desde o início, *elementos* de prova (nesse caso, obtidos diretamente pelo meio investigativo denominado interceptação telefônica).

Sobre os meios de investigação, observe-se que o tema é especialmente relevante para a teoria da prova *penal*, sendo menos protagonista na teoria *geral* da prova – como se demonstrará abaixo⁷³, há *atos* investigativos (e meios de investigação) também no âmbito cível, mas só no Direito Processual Penal há, como regra, uma *fase autônoma* de investigação, influenciadora dos processos que antecede. Por exemplo, no Direito Processual *Civil*, ressalvadas searas isoladas, como o do procedimento ministerial preparatório de eventual ação civil pública (não por acaso denominado *inquérito civil público*⁷⁴), o estudo dos meios de investigação tem ocupado posição secundária em relação ao de temas congêneres, como meios, fontes e elementos de prova. No Direito Processual *Eleitoral*, apesar de serem previstas demandas por *investigações judiciais*⁷⁵, em rigor não se trata de procedimentos preparatórios, mas de autênticos processos judiciais sob contraditório (o que também ocorre com a enganosamente denominada *investigação de paternidade* do Direito Processual Civil).

Antonio Magalhães Gomes Filho⁷⁶ também se refere a prova *positiva* (que se destina a demonstrar a existência de fato), prova *negativa* ou *contrária* (destinada a

⁷³ V. Capítulo 3. No Capítulo 4, discorre-se sobre os meios de investigação e os respectivos procedimentos técnicos e jurídicos.

⁷⁴ V. art. 8º, § 1º, da Lei Federal nº 7.347/85.

⁷⁵ É o caso da demanda prevista no art. 22 da Lei Complementar Federal nº 64, para a apuração de abuso de poder político ou econômico nos pleitos eleitorais. Apesar do nome enganoso, depreende-se do procedimento estabelecido para tais demandas que elas sempre obedecem o *ne procedat ex officio*, em proveito da imparcialidade objetiva dos magistrados eleitorais, que acabaria comprometida se lhes fosse dado perseguir de ofício atos que considerassem abusivos. Cf. tb., na jurisprudência do STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5104, decidida em 21.05.2014 (especialmente o voto do relator, Ministro Roberto Barroso), na qual a Corte Suprema brasileira julgou inconstitucional dispositivo da Resolução nº 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral, que dispunha que “o inquérito policial eleitoral somente será instaurado mediante determinação da Justiça Eleitoral, salvo a hipótese de prisão em flagrante”.

⁷⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). Obra citada, p. 313-314.

negar tal suposta existência⁷⁷) e contraprova (prova apresentada para refutar a prova adversária⁷⁸).

Tal autor considera como *objeto de prova* (em latim, *thema probandum*) os fatos que interessam à solução de controvérsia submetida à apreciação judicial. Não seria exato, para Antonio Magalhães Gomes Filho, dizer que a prova se destina a obter o *conhecimento* sobre um fato, pois o que se apura no processo é a verdade ou a falsidade de uma *afirmação* sobre o fato. Assim, o *thema probandum* seria determinado pelas proposições representativas do fato, juridicamente relevantes, colocadas pelas partes como base da acusação, defesa ou eventual pesquisa judicial. Importante notar que o objeto da pesquisa probatória não se constitui de simples *fatos externos*, mas de *fatos interpretados*⁷⁹.

Por fim, refere-se, abrangentemente, a *ato probatório* como todos os atos processuais e pré-processuais referentes à obtenção, proposição e admissão de elementos informativos e fontes de prova, ao emprego de meios de prova e à produção, assunção e valoração dos elementos de prova e dos elementos informativos com esta convergentes. Tal categoria inclui, portanto, os atos de investigação, cível e criminal, mas com eles não se confunde, por ser bastante mais extensa.

1.4.1. Alteração pontual no léxico probatório criminal brasileiro: por uma visão abrangente das provas penais pré-constituídas (“não repetíveis, cautelares e antecipadas”)

Merece especial atenção, por interferir diretamente no tema da inovação

⁷⁷ Nessa linha, Antonio Magalhães Gomes Filho (Notas sobre a terminologia da prova, obra citada, p. 313-314) classifica o *álibi* como *prova negativa indireta*.

⁷⁸ No jargão dos peritos criminais, também se denomina *contraprova* a realização de *novo exame pericial*, no qual se analisa pequena amostra extraída da substância ou objeto originalmente periciado. E também se chama de contraprova, por metonímia, essa pequena amostra guardada para eventual reexame pericial.

⁷⁹ Segundo Antonio Magalhães Gomes Filho (Notas sobre a terminologia da prova, obra citada, p. 317-318), a atividade probatória versa sobre a imputação de um fato criminoso. Assim, a qualificação jurídica também integra a imputação, na medida em que o fato narrado só tem valor quando ligado à norma incriminadora. Por isso, tal autor entende que, no caso do art. 383, CPP, a alteração da qualificação jurídica do fato deve observar o contraditório e a ampla defesa.

investigativo-criminal⁸⁰, a alteração, relativamente recente, feita pela Lei Federal nº 11.690/2008 no art. 155 do CPP, com referência a “provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Trata-se de elementos de prova colhidos antes da instauração de processo penal e trazidos aos autos sem o adequado contraditório em sua produção, cuja valoração judicial a lei excepcionalmente admite. Vale dizer: a ressalva feita no *caput* do art. 155 do CPP diz respeito a elementos de prova cuja *produção* é cautelar, irrepetível ou legitimamente antecipada. Adiante-se que, por força dessa admissão legal, sustenta-se, neste trabalho, que a investigação criminal busca, ordinariamente, *elementos informativos em sentido estrito*, frequentemente indicadores de *fontes* de prova e, excepcionalmente, reveladores de *elementos* de prova, cuja produção seja cautelar, irrepetível ou legitimamente antecipada, ou reforçadores das provas convergentes⁸¹.

Essas três espécies excepcionais de elemento probatório – cuja produção é cautelar, irrepetível ou legitimamente antecipada – constituem a aqui chamada prova *pré-constituída*, ou seja, elementos de prova legitimamente preexistentes ao momento procedimental ótimo do ponto de vista do princípio do contraditório, na maioria das vezes anteriores ao eventual processo que lhes corresponda e geralmente encaminhados junto com a petição inicial que dá início a este. A eles se opõem, aqui, os elementos probatórios *pós-constituídos* (ou *constituendos*⁸²), ou seja, aqueles produzidos sob normalidade procedimental, após a instauração de processo judicial, em contraditório pleno, durante a oportuna instrução. Ou seja: *denomina-se aqui prova pré-constituída todo elemento probatório elaborado precocemente em relação à aplicação, em níveis ótimos, do princípio do contraditório*⁸³.

⁸⁰ Como se verá ao longo deste trabalho, grande parte das medidas investigativas decorrentes de inovação técnica ou tecnológica conduz à obtenção de provas cautelares, irrepetíveis ou legitimamente antecipadas.

⁸¹ Cf. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *As reformas no processo penal* – as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: RT, 2008, p. 251-252. Segundo tal autor, diante da locução adverbial “não exclusivamente” no texto do art. 155 do CPP, é admissível que o juiz da causa valore *elementos informativos em sentido estrito*, desde que sejam convergentes com as provas produzidas sob contraditório judicial.

⁸² O adjetivo *constituendo* é preferido por Gustavo Badaró, que, ademais, aborda o tema das provas pré-constituídas de modo algo diverso do aqui tratado, como se verá nas notas de rodapé logo abaixo (cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O valor probatório do inquérito policial. In: obra coletiva, no prelo.).

⁸³ Há importante divergência quanto a tal classificação, como se depreende em BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O valor probatório do inquérito policial, obra já citada. Em tal artigo, a distinção entre provas pré-constituídas e provas constituendas diz respeito ao contraditório, no sentido de que sua normal produção fora do contraditório a tornaria *pré-constituída* e, sob contraditório judicial, *constituenda*; por exemplo, um documento, mesmo que elaborado sem finalidades processuais (um contrato bancário, um recibo de quitação) se for utilizado futuramente em processo, seria prova pré-

Tais elementos de prova têm especial relevância nos processos penais de conhecimento iniciados por demanda condenatória. Nos processos penais de execução ou – para quem os admite – cautelares⁸⁴, assim como nas demandas cognitivas *pro reo* (revisão ou reabilitação criminais, *habeas corpus* etc.), a produção dessas provas costuma ser inoportuna (como a antecipação de exame criminológico-penitenciário) ou incontroversa (como a juntada de documentos pré-constituídos para instruir *habeas corpus*). Há, porém, hipóteses fora dos processos penais de conhecimento iniciados por demanda condenatória em que a produção de provas pré-constituídas pode ser relevante (por exemplo, a realização de perícia emergencial⁸⁵, ou de depoimento cautelar, para se aparelhar demanda por revisão criminal).

constituída. A opção metodológica, aqui adotada, pelo gênero provas *pré-constituídas*, do qual seriam espécies as provas *cautelares*, *não repetíveis* e *antecipadas*, tem prioritário fundamento na nova dicção do art. 155 do CPP brasileiro, que expressamente distinguiu as três referidas espécies, cabendo à doutrina pátria lhes dar conteúdo jurídico-científico. Evidentemente, poderiam ter sido (e não foram) escolhidas outras palavras, que imporiam outra classificação. Por exemplo, no Direito espanhol, não há um gênero para tal categoria probatória, cogitando-se de duas espécies: chamam-se, lá, de *antecipadas* as provas que aqui abarcam as cautelares e também as “nossas” antecipadas, e de *pré-constituídas* aquelas aqui denominadas não repetíveis. V. ARMENTA DEU, Teresa. La verdad en el filo de la navaja, obra já citada, p. 261-304. CALDERÓN CERREZO, Angel. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Derecho Procesal Penal*. 2 ed. Madri: Dykinson, 2005, p. 390-392 e 402-403. Na jurisprudência espanhola: Tribunal Constitucional. Sentenças n° 51, de 23.03.1995, e n° 206, de 01.12. 2003. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentença sobre o Recurso n° 2216/2013/Madrid, julgado em 29.04.2014. Sobre o ordenamento italiano, aparentemente inspirador da reforma brasileira, discorre-se logo abaixo, ainda neste subitem. Aparentemente, a denominada “Declaração de Göttingen sobre Polícia e Investigação no Brasil”, subscrita por vários juristas brasileiros e estrangeiros, adota a expressão “provas pré-constituídas” no sentido aqui empregado. Cf. AMBOS, Kai et al. Declaração de Göttingen sobre Polícia e Investigação no Brasil. In: *Boletim do IBCCrim*, ano 22, n° 259, junho de 2014, São Paulo.

⁸⁴ Na doutrina brasileira, pela existência de processo penal cautelar autônomo, embora instrumental em relação às outras duas modalidades (processos de conhecimento e de execução): SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 285-286. BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 1-44. SARAIVA, Wellington Cabral. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para o processo cautelar penal. In: CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas. PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral – questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 151-170. CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público – fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: RT, 2007, p. 186-187. Também na doutrina brasileira, pela inexistência de processo penal cautelar autônomo, constituindo-se este, rigorosamente, apenas em medidas cautelares – pessoais ou patrimoniais – que funcionam como incidentes em processos de conhecimento e de execução: TUCCI, Rogério Lauria. Processo e procedimentos penais. In: *Revista dos Tribunais*, n° 749, março de 1998, São Paulo, p. 485-501. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 110. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 413-417, e, do mesmo autor, *Processo penal*, obra citada, p. 709-710.

⁸⁵ Registre-se que Gustavo Badaró (O valor probatório do inquérito policial. In: obra coletiva, no prelo) entende que a perícia será sempre prova *constituenda*, porque deve ser, em regra, realizada sob contraditório judicial. Evidência disso seria que, em certos casos, excepcionalmente, a perícia é realizada na fase do inquérito, podendo assumir a feição de prova cautelar, em que o contraditório será *diferido*, em juízo.

No Direito Processual, costuma-se empregar a expressão *provas pré-constituídas* para fazer referência a elementos extraídos de fonte documental livremente acessível ao interessado e preexistente ao correspondente processo⁸⁶. Entretanto, os elementos documentais acessíveis e preexistentes são apenas uma das possíveis manifestações de prova legitimamente antecipada⁸⁷ – e esta modalidade, junto com a prova irrepetível e cautelar, constituem âmbito maior, aqui chamado abrangentemente de *prova pré-constituída*⁸⁸.

Como se sabe, o princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LV, da CR) impõe a participação das partes interessadas, em simétrica paridade, em todo o debate que segue à proposição de qualquer meio de prova (admissibilidade da respectiva fonte, correção da produção, opinião persuasiva sobre a valoração dos elementos resultantes)⁸⁹. No âmbito do Direito Processual Penal brasileiro, uma vez confiada a definitiva tutela da liberdade exclusivamente ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV e LIV, da CR), o contraditório é necessariamente judicial. Entretanto, o cotidiano tem muito maior velocidade e muito menor previsibilidade que o Direito Processual⁹⁰. Justificando-se nisso,

⁸⁶ V., p.e., BADARÓ, Gustavo, *Processo penal*, obra citada, p. 276.

⁸⁷ No âmbito do mandado de segurança (cível ou criminal), diz-se que a impetração de tal instrumento constitucional deve ser aparelhada por prova pré-constituída, a qual pode ser até *testemunhal*, caso em que o testemunho deverá ter sido antes produzido mediante justificação judicial – v. TRF2, Apelação em Mandado de Segurança Cível nº 2008.51.01.01019247-2, publicada no DJ de 23.06.2009; v. tb. TJRS, Mandado de Segurança Criminal nº 70051582583, julgado em 06.12.2012 e publicado em 31.01.2013.

⁸⁸ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 32-33: “À vista de um possível futuro processo de conhecimento, pode-se desejar formar e conservar dados probatórios (...) quando houver motivo para temer que, se o provimento instrutório tardar, os resultados probatórios venham a se tornar menos eficazes”. Nesse caso, seria cabível o emprego do adequado meio para as produzir antes do momento ortodoxo, através de “procedimento autônomo destinado a prevenir os riscos do perigo na demora”. Evidencia-se o “caráter puramente instrumental dos provimentos instrutórios antecipados”, os quais “se voltam à aquisição preventiva de um dado probatório, positivo ou negativo, que poderá ser utilizado como premissa lógica de um futuro processo de conhecimento”.

⁸⁹ FAZZALARI, Elio. *Istituzione di Diritto Processuale*. 5 ed. Padova: Cedam, 1989, p. 58. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. In: *Revista de estudos criminais*, nº 1, 2001, Porto Alegre, p. 43-45.

⁹⁰ FARIA, José Eduardo. Direito e Justiça no século XXI: a crise da Justiça no Brasil. Texto preparado para o seminário *Direito e Justiça no Século XXI*. Coimbra, Centro de Estudos Sociais, de 29 de maio a 1 de junho de 2003. Disponível em <http://opj.ces.uc.pt/portugues/novidds/comunica/JoseEduarFaria.pdf>, com acesso em 03.06.2013, p. 23-24: “No âmbito do direito positivo, o tempo do processo judicial é o tempo diferido, encarado como sinônimo de segurança e concebido como uma relação de ordem e autoridade, representada pela possibilidade de esgotamento de todos os recursos e procedimentos numa ação judicial. Cada parte, intervindo no momento certo, pode apresentar seus argumentos e ter a garantia de ser ouvida na defesa de seus interesses. O tempo diferido é utilizado como instrumento de certeza, na medida em que impede a realização de julgamentos precipitados, sem o devido distanciamento com relação aos

o reformador processual penal previu, na parte final do *caput* de seu art. 155, diminuição da abrangência de tal princípio quanto à *produção* (e exclusivamente quanto a ela) da prova pré-constituída, a qual tem sido considerada juridicamente proporcional⁹¹ – e, diga-se de passagem, há muito existente, e com força compressorá justificadamente maior, no processo civil (v. arts. 336, 364-399, 846-851 e 861-866 do CPC). Ademais, embora os adjetivos “cautelares, não repetíveis e antecipadas” qualifiquem a *produção* dos elementos de prova pré-constituídos, será demonstrado abaixo que, em casos concretos, a fixação, em uma dessas três modalidades, de cada elemento probatório pré-constituído só ocorre com segurança no momento de sua *valoração* judicial (até lá, pode ocorrer, por exemplo, de uma produção aparentemente *irrepetível* ou *cautelar* se revelar ter sido apenas *antecipada*, embora legitimamente).

Tendo sido o art. 155 do CPP objeto de reforma específica sobre esse ponto, impõe-se atribuir sentido aos mencionados adjetivos “cautelares, não repetíveis e antecipadas” como indicadores de realidades jurídico-probatórias diversas, cada uma com efeitos próprios. Por isso, tratando-se de limitações ao direito constitucional ao contraditório judicial, a fundamentação de sua admissibilidade em cada caso concreto deve ser específica, para que não se empreste indevidamente o efeito de uma modalidade a outra.

A doutrina brasileira ainda se demonstra muito instável sobre esses novos conceitos.

Antonio Magalhães Gomes Filho⁹², integrante da correspondente comissão de reforma, chegou a dizer, logo após a positivação da novidade, que “a distinção

acontecimentos que deram margem à ação judicial. O tempo da economia globalizada é o tempo real, o tempo da simultaneidade. À medida que se torna mais complexa, gerando novas contingências e incertezas, a economia globalizada obriga os agentes a desenvolver novos mecanismos para proteger negócios, capitais e investimentos da imprevisibilidade e do indeterminado. A presteza se converte numa das condições para a neutralização dos riscos inerentes às tensões e desequilíbrios dos mercados, levando a um processo decisório orientado pelo sentido de urgência e baseado tanto na capacidade quanto na velocidade de processamento de informações técnicas e especializadas. Por isso, empresas e instituições financeiras passam a ver o tempo diferido do processo civil e penal como sinônimo de elevação dos custos das transações econômicas, encontrando, na tendência de aumento do número de causas decididas por aplicação de normas processuais em detrimento da decisão de mérito baseada no direito substantivo, um bom argumento para justificar esse ponto de vista.”

⁹¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas, obra citada, p. 252-255.

⁹² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas, obra já citada, p. 253-255.

[entre provas cautelares e antecipadas] não tem importância prática” e que, quanto às provas não repetíveis, “o legislador nacional inspirou-se em disposição do Código de Processo Penal italiano, de 1988, que autoriza a leitura, na fase de debates, de declarações prestadas anteriormente perante a polícia judiciária ou o MP”⁹³. Tal autor chega a fazer referência a situações de previsibilidade de que determinada prova não possa ser repetida, ocasiões que ensejariam a antecipação do contraditório judicial⁹⁴.

Andrey Borges de Mendonça⁹⁵, também logo depois da reforma, diz que “a prova cautelar, em regra, também não é repetível no transcorrer do processo” e chama de provas antecipadas “aquelas produzidas com a observância do contraditório real (...), mas antes de seu momento processual oportuno”.

Discorda-se, aqui, dos autores citados. Primeiro, porque não se deve supor que o legislador brasileiro enumeraria espécies probatórias equivalentes, apresentando palavra completamente inútil em texto legal recentemente reformado. Segundo, porque as concepções simplesmente ignoram a modalidade mais comum e incontroversa de prova elaborada antes da instrução processual e sem contraditório genético: aquela contida em documento em sentido estrito⁹⁶, cujo conteúdo se apresenta aqui como prova *legitimamente antecipada*. Terceiro, porque *prova previsivelmente irrepitível*, a ponto de haver tempo e modo para a instauração de precoce contraditório judicial, tradicionalmente é entendida no ordenamento brasileiro como *cautelar*⁹⁷.

⁹³ Art. 512 do CPP italiano: “Leitura de atos para o caso de superveniente impossibilidade de repetição. 1. O juiz, por requerimento de parte, pode autorizar a leitura de termos escritos produzidos perante a polícia judiciária, o Ministério Público, os defensores das partes privadas ou o juiz, no curso da audiência preliminar, quando, por fatos ou circunstâncias imprevisíveis, veio a se tornar impossível a repetição”. Cf. CESARI, Claudia. *L’irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*. Giuffrè: Milano, 1999, p. 14-17, 105-203 e 347-519.

⁹⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas, obra já citada, p. 254-255.

⁹⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal* – comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008, p. 157-161 e 162-169.

⁹⁶ *Documento* (em sentido estrito) é a coisa que traz em si informação pré-constituída sobre enunciado fático (p.e., certidões, fotografias, discos musicais, mídias eletrônicas); já *documentação* seriam as condutas de redução a termo de atos procedimentais e sua fixação nos respectivos autos. Cf. LARONGA, Antonio. *La prova documentale nel processo penale*. Torino: UTET, 2004, p. 5-8. SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Tipicidade e sucedâneos de prova*, obra já citada, p. 13-45. BADARÓ, Gustavo Henrique Righy Ivahy. Provas atípicas e provas anômalas, obra já citada, p. 341-352.

⁹⁷ V. arts. 225 e 366 do CPP e, no capítulo “Dos procedimentos cautelares específicos”, os arts. 846-851 e 861-866 do CPC. Precedentes recentes da jurisprudência criminal: STF, RHC 85311/SP e HC 109728/SP; STJ, RHC 28514/DF e HC 203896/RJ.

Se, de início, o legislador brasileiro buscou inspiração no modelo italiano, fato é que o resultado final – a atual redação do art. 155 do CPP brasileiro – não guarda simetria com o CPP peninsular⁹⁸. No Brasil, o CPP menciona, como categorias distintas e paralelas, “provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Na Itália, o Codice di Procecura Penale faz expressa referência apenas a provas “não repetíveis”, as quais, pela sistemática oral das audiências criminais italianas, têm seu respectivo termo *lido pubblicamente* perante o juízo (e é tal *leitura pública*, não a mera existência, nos autos, de tais termos escritos, que constitui objeto da valoração judicial)⁹⁹. Há, na doutrina italiana, menção a provas “antecipadas”, as quais se manifestam sob fundamento cautelar e dão ensejo à instauração de incidente probatório pré-processual¹⁰⁰. Na Itália, portanto, prova

⁹⁸ V. CESARI, Claudia. *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*. Giuffrè: Milano, 1999, p. 17-31. TONINI, Paolo. CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 129-131. TAORMINA, Carlo. *Il regime della prova nel processo penale*. Torino: G. Giappichelli, 2007, p. 462-467.

⁹⁹ V. as obras citadas de CESARI (*L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, p. 215-345), TONINI e CONTI (*Il diritto delle prove penali*, p. 466-476) e TAORMINA (*Il regime della prova nel processo penale*, p. 179-180, 186-189 e 453-576). Deste modo dispõe o art. 431, 1, “b”, “c” e “d”, do CPP Italiano: “Formação dos autos para o debate oral: 1. (...) Nos autos formados para o debate oral são coletados: b) os registros escritos não repetíveis colhidos pela polícia judiciária; c) os registros escritos não repetíveis colhidos pelo ministério público e pelo defensor; d) os documentos obtidos no exterior por rogatória internacional e os respectivos registros escritos não repetíveis; (...)” O art. 512 do CPP Italiano tem por rubrica “Leitura de atos para o caso de superveniente impossibilidade de repetição.”

¹⁰⁰ V., além das obras citadas de CESARI (*L'irripetibilità...*, p. 17-31), TONINI e CONTI (*Il diritto...*, p. 129-131) e TAORMINA (*Il regime...*, p. 462-467), MASTROGIOVANNI, Maurizio. Le nuove regole per l'assunzione anticipata di mezzi di prova. In: DALIA, Andrea Antonio. FERRAIOLI, Marzia (coords.). *Le innovazioni in tema di formazione della prova nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1998, p. 16-20 e 56-65. Assim dispõe o art. 392 do CPP Italiano: “Casos de incidente probatório: 1. Durante o curso das investigações preliminares, o ministério público ou o investigado podem requerer, ao juízo competente, a instauração de incidente probatório: a) para a tomada de testemunho, quando houver fundado convencimento de que não poderá ser produzido nos futuros debates orais da causa, por motivo de doença ou outro impedimento grave da pessoa a ser ouvida; b) para a tomada de testemunho, quando, por elementos concretos e específicos, houver fundado convencimento de que a pessoa a ser ouvida poderá ser exposta a violência, ameaça, oferta ou promessa de dinheiro ou outros benefícios, a fim de que não deponha ou minta; c) para a inquirição de investigado sobre fatos relativos à responsabilidade de terceiros; d) para a inquirição das pessoas referidas no artigo 210 [imputadas em procedimento conexo]; e) para o confronto entre pessoas que, em outro incidente probatório ou perante o ministério público, prestaram declarações discordantes, quando ocorrer uma das circunstâncias previstas nas alíneas 'a' e 'b'; f) para uma perícia ou experimento judicial, se a prova recair sobre pessoa, coisa ou lugar cujo estado seja sujeito a modificação não evitável; g) para um reconhecimento, quando especial urgência não permitir sua produção nos futuros debates orais da causa. 1-bis. Nos procedimentos correlatos aos delitos previstos nos artigos 572, 600, 600-bis, 600-ter e 600-quater, inclusive os relacionados com material pornográfico referidos pelo artigo 600-quater-1, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, 609-undecies e 612-bis, todos do Código Penal Italiano, o ministério público, de ofício ou por requerimento da pessoa lesada, ou a pessoa que está sendo investigada podem requerer a instauração de incidente probatório para a tomada de testemunho de pessoa menor de idade ou de pessoa maior ofendida, mesmo fora dos casos previstos no primeiro item. 2. O ministério público e a pessoa sob investigação podem também requerer perícia, a qual, se fosse deixada para os futuros debates orais da causa, poderia levar a uma suspensão processual superior a 60 dias, ou que dê ensejo a exames ou imposições à liberdade de pessoa viva, nos termos do art. 224-bis.”

“antecipada” e “cautelar” tendem à equivalência (embora se repita: nenhum dos dois termos é estabelecido no CPP Italiano); e, lá, os elementos cognitivos irrepitíveis, diversamente da sistemática brasileira (pela qual a valoração judicial incide já sobre sua existência nos autos), *ainda não são prova* (a qual se consubstancia na sua leitura pública perante o juízo). Na Itália, portanto, somente se pode cogitar de prova pré-constituída (ou seja, de prova existente antes do correlato processo de conhecimento) em relação aos elementos documentais e à provas produzidas mediante incidente probatório pré-processual (lá chamadas, pela doutrina, de “antecipadas” ou “cautelares”).

Há que se propor, para o Direito Processual Penal brasileiro, modelo coerente com a nova redação do art. 155 de nosso CPP – e, pela importância das “provas cautelares, não repetíveis e antecipadas” para a investigação criminal, especialmente aquela voltada para o esclarecimento de supostos esquemas criminosos complexos, adotar-se-á, aqui, critérios próprios de definição.

Sustenta-se, no presente estudo, que as três modalidades de elementos probatórios pré-constituídos têm em comum a ausência de contraditório pleno (ou seja, em níveis ótimos) em sua produção. Seus principais critérios diferenciadores são a oportunidade temporal¹⁰¹ (*emergente nas produções irrepitíveis, urgente nas cautelares e rotineira ou só aparentemente breve nas legitimamente antecipadas*) e a judicialidade (*inviável nas produções irrepitíveis, necessária nas cautelares e desnecessária, acidental ou só aparentemente inviável nas legitimamente antecipadas*).

Adiante-se logo que *produção antecipada de provas* (arts. 156 e 366 do CPP) não equivale a *produção de provas antecipadas* (art. 155 do CPP). No – por outros

¹⁰¹ Tomou-se de empréstimo do vocabulário médico a gradação de apuro temporal aqui adotada (*emergência* como necessidade *absolutamente impostergável*, *urgência* como necessidade *muito pouco complacente e rotina* como algo *ordinário*). V., p.e., art. 1º, §§ 1º e 2º, da Resolução nº 1451/95, do Conselho Federal de Medicina, define como *emergência* “a constatação médica de condições de agravo à saúde que impliquem em *risco iminente de vida ou sofrimento intenso*, exigindo portanto, tratamento médico imediato”, e como *urgência* “a ocorrência imprevista de agravo à saúde *com ou sem risco potencial de vida*, cujo portador necessita de assistência médica imediata”. V. tb. art. 1º da Resolução nº 195/97 do Conselho Federal de Enfermagem: “O enfermeiro pode solicitar exames de *rotina* e complementares quando no exercício de suas atividades profissionais” (destaques feitos aqui). Interessante notar que o acima citado art. 392, 1, “g”, do CPP Italiano, ao dispor sobre o incidente probatório, de natureza *cautelar*, também se refere a *urgência*. ICHINO, Giovanna. Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale. In: UBERTIS, Giulio. *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Giuffrè: Milano, 1992, p. 140-147 e 165-167.

motivos problemático¹⁰² – art. 156, assim como no art. 366, ambos do CPP, a expressão “produção antecipada de provas” corresponde ao gênero *provas pré-constituídas*; equivale a dizer produção precoce, prematura de elementos probatórios; “antecipada” – no singular – é adjetivo da “produção” e abrange também as provas cautelares e irrepitíveis¹⁰³. No art. 155 do CPP, a produção de “provas antecipadas” é espécie, limitada às provas legitimamente antecipadas; aqui, o adjetivo “antecipadas” – no plural – qualifica só uma das três referidas modalidades de “provas”, não se referindo às cautelares e irrepitíveis.

Embora o novo art. 155 do CPP mencione “provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”, por conveniência expositiva cuidar-se-á primeiro das não repetíveis (ou irrepitíveis), depois das cautelares e, em terceiro lugar, das antecipadas.

1.4.1.1. Elemento probatório penal de produção irrepitível

Interpreta-se o elemento probatório penal de produção *irrepitível* (ou simplesmente *prova penal irrepitível* ou *não repetível*) como sendo aquele, pré-constituído em situação de emergência temporal e inviável judicialidade, cuja fonte probatória tem qualidade epistemológica irrecuperável após perdida sua única oportunidade (muitas vezes sob surpresa do imputado¹⁰⁴), ou exponencialmente diminuída com o passar do tempo, até se perder em curto interregno.

Um exemplo de elementos irrecuperáveis, caso não sejam obtidos da respectiva fonte em momento específico (e sob surpresa do imputado): as conversas telefônicas legitimamente interceptadas em fase pré-processual, quase sempre sem o conhecimento dos interlocutores; por força do art. 5º, XII, da Constituição da República e da Lei Federal nº 9.296/96, tais conversas são aptas a fornecer elementos de prova penal, sem que se possa alegar, quanto à sua produção, violação ao princípio do contraditório.

¹⁰² V. Capítulo 3, subitens 3.2.1 e 3.2.3.

¹⁰³ No RHC 85311/SP e HC 109728/SP (STF) e no RHC 28514/DF e HC 203896/RJ (STJ), há expressa referência à *produção antecipada de provas* fundada no art. 366 do CPP como também abrangente das *provas cautelares*.

¹⁰⁴ CESARI, Cláudia. *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*. Giuffrè: Milano, 1999, p. 31-35.

Exemplo de elementos irrecuperáveis, caso não sejam obtidos da respectiva fonte em momento específico (sem que se cogite de surpresa ao imputado): a polícia (ou qualquer do povo) grava (ou simplesmente ouve) as palavras finais de vítima de homicídio, encontrada agonizante – o testemunho *de ouvir dizer* e até a juntada das eventuais gravações são justificados pela irrepetibilidade da produção probatória. Outro exemplo desse gênero: o reconhecimento do imputado, por suposta vítima ou testemunha (arts. 226 a 228 do CPP) – a correspondente medida só pode ser utilmente implementada antes da divulgação do caso; uma vez que a pessoa chamada a fazê-lo tem contato prévio com foto do imputado (p.e., pela imprensa ou em conversa informal em delegacia de polícia), a qualidade epistemológica do posterior reconhecimento é muito reduzida pela sugestibilidade¹⁰⁵.

Hipótese interessante de irrepetibilidade (irrecuperável, mas sem surpresa ao imputado) é a do depoimento pré-processual de testemunha ou vítima hígida que, antes da futura instrução probatória sob contraditório judicial, vem a morrer ou ficar inabilitada a depor: havia emergência em tal depoimento, embora ninguém, à época, disso desconfiasse (nessa situação, quem se vê surpreendido é o investigador). Igual situação ocorre quando a testemunha, outrora depoente em fase pré-processual, comprovadamente desaparece do alcance das partes, sem que disso ninguém pudesse antes objetivamente desconfiar: apesar de se comprovarem todas as tentativas razoáveis de localizá-la, demonstra-se completamente ignorado o seu paradeiro. Conclui-se que, na presente classificação, a emergência é sempre ínsita à prova denominada irrepetível, mas nem sempre tal emergência é conhecida pelo interessado em sua preservação.

Um exemplo de elementos cuja fonte perde exponencialmente seu poder informador em curto tempo: é lamentavelmente comum a descoberta de cadáveres de prováveis vítimas de homicídio em estado avançado de putrefação, em relação aos quais não haja qualquer suspeita de quem seja responsável pelo aparente crime. Nesse caso, a autópsia e a confecção do respectivo laudo deverão ocorrer o quanto antes, uma vez que o

¹⁰⁵ LOPES, Mariângela Tomé. Algumas questões controversas acerca do reconhecimento. In: RASCOVSKI, Luiz (coord). *Temas relevantes de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 189-235.

decorrer dos dias diminui muito rapidamente sua eficiência, até obstá-la por completo. É, pois, adequado, necessário e razoável que se proceda a tal exame e laudo antes da eventual instauração de processo penal, obedecendo-se aos demais termos dos arts. 158-184 do CPP. Como se dirá em tópico próprio, é recomendável a designação de defensor *ad hoc*, com a finalidade de acompanhar, sob perspectiva defensiva, a correção de tal produção probatória (embora, se desconhecida a autoria do fato e ainda não formada a *opinio delicti*, seja mais verossímil a imparcialidade do Ministério Público, na função de *custos legis*). Mas, com ou sem defensor *ad hoc*, serão elaboradas, nesse exemplo, conclusões periciais que, anos depois, poderão ser legitimamente valoradas como elemento de prova em face de acusado que não participara, em contraditório, de sua produção. Na futura instrução probatória, somente será admissível a exumação do cadáver e a realização de novo exame caso se demonstre sua possibilidade (hipótese em que a prova acaba por revelar não ser da modalidade *irrepetível*, apenas fora, como se dirá abaixo, *legitimamente antecipada*¹⁰⁶) e sua relevância; não demonstradas possibilidade e relevância da repetição, são plenamente eficazes as conclusões periciais; e, ainda que realizado novo exame, todos os pontos do novo laudo que, pela impropriedade do cadáver, demonstrarem-se inconclusivos, deverão ceder espaço às conclusões do primeiro laudo.

Os elementos de prova cuja produção é *irrepetível* constituem a modalidade de prova penal pré-constituída cuja limitação à garantia do contraditório judicial é mais facilmente justificável. Afinal, são obtidos em situação de imprevisível *emergência* (sua oportunidade temporal é única ou extremamente reduzida, dependente de resposta imediata), demonstrando-se razoável sua obtenção unilateral e até mesmo em sede extrajudicial (submetidos a posterior contraditório judicial quanto a sua admissibilidade, renovabilidade e valoração, e com o desvalor epistemológico que lhes for cabível).

¹⁰⁶ Registre-se que Gustavo Badaró (O valor probatório do inquérito policial, op. cit.) entende que esse é caso de prova cautelar, que, pela urgência de se proceder à apreensão ou exame dos elementos de prova, não pode aguardar o momento normal do contraditório (e, de qualquer forma, a prova pericial deve ser submetida a contraditório diferido; o perito poderá ser chamado a prestar esclarecimentos em juízo, poderão ser formulados quesitos complementares, poderá o juiz nomear terceiro perito, serão admitidos assistentes técnicos; haveria, pois, contraditório, ainda que diferido). Diversa seria, para Gustavo Badaró, a prova irrepetível (ou a colheita de elementos de informação, sem contraditório, em relação à qual o contraditório é impossível). Para Gustavo Badaró, na prova cautelar, o contraditório é diferido; na produção antecipada de prova, ela é produzida em contraditório antecipado (como no caso do art. 225 do CPP, ou no caso de testemunha jovem e saudável ouvida no inquérito, sem contraditório, que depois vem a falecer).

São exigidos mais requisitos hermenêuticos para se justificar a limitação ao princípio do contraditório quanto aos elementos de prova penal cuja produção não é irrepetível, mas apenas *cautelar* ou legitimamente *antecipada*. Afinal, se, nesses casos, a produção é *repetível*, impor-se-ia sua renovação sob contraditório. Todavia, critérios de razoabilidade e economia processual permitem que tais produções probatórias sem contraditório, apesar de repetíveis, sejam admitidas e valoradas judicialmente (com o desvalor epistemológico cabível em cada caso).

1.4.1.2. Elemento probatório penal de produção cautelar

A chamada prova penal *cautelaramente* produzida (ou simplesmente *prova penal cautelar*) deve ser entendida como o elemento de prova pré-constituído cuja produção seria, em princípio, repetível no futuro, mas, diante do *perigo na demora* e da *aparente pertinência e relevância de tal produção*, o ordenamento jurídico-penal autoriza a imediata exploração da respectiva fonte¹⁰⁷.

Os mais evidentes integrantes desta modalidade são elementos provenientes de fontes pessoais (vítimas, testemunhas e, muito excepcionalmente, perito e coimputado). O exemplo clássico pode ser colhido, com ponderações, da redação ainda original do art. 225 do CPP¹⁰⁸: o depoimento judicial da testemunha (ou vítima) sobre a qual paire, por motivo de idade ou moléstia grave (inclusive em decorrência do suposto

¹⁰⁷ V. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, obra citada, p. 31-33.

¹⁰⁸ O art. 225 do CPP utiliza a expressão “antecipadamente” para se referir à produção probatória *cautelar*. Entretanto, como já dito acima, a “produção antecipada de provas” não se confunde com a “produção de provas antecipadas”: a “produção antecipada de provas” cuida do gênero *provas pré-constituídas*; a “produção de provas antecipadas” é espécie, limitada às provas legitimamente antecipadas. Registre-se que, para Gustavo Badaró (O valor probatório do inquérito policial, op. cit.), nesse caso haverá contraditório, no incidente de produção antecipada de prova, mesmo que se esteja ainda na fase do inquérito. Por isso, para tal autor se trata de produção antecipada de prova, ou seja, produção de prova com contraditório antecipado. Na prova que Badaró considera cautelar (por exemplo, um exame necroscópico, um exame do local de crime ambiental, um exame de lesão coporal), não há contraditório no momento da realização da prova pericial, pela urgência da sua realização (perigo da demora) e, depois, na fase judicial própria, haverá apenas contraditório diferido. Na produção antecipada de prova, Badaró entende que se antecipa o contraditório para momento em que, normalmente, ele não correria; na prova cautelar, a prova é produzida, sem contraditório, sendo submetida, posteriormente, ao contraditório diferido.

crime), justo receio de que, na ocasião da futura e regular instrução probatória, tenha perecido ou esteja impossibilitada de depor¹⁰⁹.

Diferentemente da chamada prova *irrepetível*, que, como dito acima, é obtida em situação de *emergência* (oportunidade temporal única ou extremamente reduzida, dependente de resposta imediata), o elemento probatório de produção *cautelar* é obtido em situação de mera *urgência*, ou seja, sua oportunidade temporal é reduzida, mas administrável durante lapso significativo. Por isso, uma vez confiada a definitiva tutela da liberdade exclusivamente ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV e LIV, da CR) e em face do princípio do contraditório (art. 5º, LV, da CR), os elementos probatórios de produção *cautelar* devem necessariamente ser elaborados em sede judicial, mediante proposição probatória veiculada por requerimento ao juízo competente e sob o *possível* contraditório¹¹⁰ – se o respectivo imputado for conhecido, deve-lhe ser oportunizada integral e igualitária participação, por si mesmo e por defensor tecnicamente habilitado; se não o for, deve ser nomeado defensor *ad hoc*. Ou seja: o art. 155 do CPP, ao admitir que os elementos probatórios de produção *cautelar* possam ser elaborados fora do contraditório, deve ser interpretado no sentido de que o desconhecimento do suposto criminoso pelo persecutor (privado ou público) não é óbice intransponível à produção daquela modalidade de prova pré-constituída. Apenas isso. A *judicialidade* da medida e a máxima e mais igualitária *participação* do imputado (se conhecido) ou de quem lhe faça as vezes (se desconhecido) não podem ser afastadas nesta modalidade de produção probatória, sob pena de violação aos referidos incisos XXXV, LIV e LV do art. 5º da Constituição da República.

¹⁰⁹ Ressalte-se que, nesta modalidade de prova pré-constituída, o perigo na demora diz respeito sobretudo à iminente e excepcional perda da capacidade de informação da fonte probatória. Com a evolução dos meios de comunicação processual, o espraiamento dos órgãos judiciários e o desenvolvimento de mecanismos de cooperação jurídica interna e internacional, fica muito restrita (ou inexistente) a justificação constitucional para a pré-constituição do depoimento de testemunha que “houver de ausentar-se”, como previsto na primeira parte do art. 225 do CPP, com redação ainda original. E seria ainda mais evidente a desproporcionalidade jurídica da pré-constituição de depoimento, sem renová-lo sob posterior contraditório judicial, sob a singela alegação de que, com o passar dos anos, a respectiva testemunha, apesar de hígida, poderá esquecer detalhes importantes do caso.

¹¹⁰ Para Gustavo Badaró (O valor probatório do inquérito policial, op. cit.), a modalidade aqui retratada seria prova antecipada, e não cautelar, por ser antecipado o contraditório na medida do possível. Segundo tal autor, o que acontece, em regra, em toda medida cautelar, seja pela urgência, seja pela necessidade de surpresa, é ser ela produzida *inaudita altera pars*, isso é, *sem* contraditório, o qual ocorrerá posteriormente, quando já realizada a medida (para Badaró, busca e apreensão, interceptação, exame de corpo de delito, são, pois, provas cautelares, e não provas irrepetíveis). Na ótica do referido autor, não se trata de urgência ou emergência do contraditório; o problema é se o contraditório é *impossível* (prova irrepetível), *antecipado* (prova antecipada) ou *diferido* (prova cautelar).

No exemplo clássico da suposta vítima ou testemunha idosa ou muito debilitada, apresentado acima, uma vez judicialmente requeridos, admitidos *secundum eventum litis* e produzidos, os elementos de prova ditos *cautelares* serão as afirmações componentes do precoce depoimento judicial daquelas fontes probatórias, as quais se demonstrem relevantes para a reconstrução dos enunciados fáticos em discussão no futuro processo penal. Caso a respectiva fonte probatória, corroborando o prognóstico, venha, após o depoimento cautelar, a falecer, a se tornar mentalmente comprometida ou se mantenha gravemente debilitada, suas afirmações serão plenamente admissíveis como elementos de prova, com o desvalor epistemológico que lhes for cabível.

Todavia, são vários os possíveis problemas decorrentes do depoimento cautelarmente pré-constituído. Caso a respectiva fonte probatória, contrariando o prognóstico, mantenha-se saudável e lúcida (no caso de depoente muito idoso) ou se recupere plenamente (no caso de depoente outrora muito debilitado), seu depoimento, precocemente colhido em juízo, poderá ser valorado, como prova *legitimamente antecipada* (ou seja, fundada em hipótese legitimante), no futuro momento decisório, mas os referidos incisos XXXV, LIV e LV do art. 5º da Constituição da República dão a qualquer das partes, caso queiram, direito à renovação do depoimento, mediante contraditório judicial pleno e procedimentalmente regular – circunstância em que o novo depoimento deverá ter, em princípio, maior valor epistemológico que o primeiro.

Se, por um lado, são várias as hipóteses de prova cautelarmente produzida em caso de testemunhas e vítimas, por outro lado parecem muito raras as hipóteses cogitáveis de prova cautelar em caso de peritos e de imputados.

A perícia pré-constituída pode ser *irrepetível* (por exemplo, no caso do exame em cadáver que, à época da instrução processual, esteja irremediavelmente decomposto) ou *legitimamente antecipada* (no mesmo exemplo do exame precoce em cadáver, o qual, à época da instrução processual, ainda esteja incrivelmente apto a nova perícia, a qual, entretanto, é reconhecida como desnecessária por ambas as partes). A única hipótese que se consegue imaginar de perícia *cautelaramente* produzida seria a de somente haver um único experto acessível sobre o tema a ser periciado, experto esse já muito idoso

ou em avançado estado de debilidade física.

A determinação ao imputado para que preste declarações precoces é inadmissível, diante do direito constitucional ao silêncio e do direito legal de falar por último, caso queira se dirigir pessoalmente ao juiz, em interrogatório ou reinterrogatório. Já se disse acima que o imputado é fonte de prova *sui generis*. Quando ouvido, durante a fase pré-processual ou já na instrução probatória, tem o direito de silenciar ou de apresentar sua versão dos fatos, atuando mais como protagonista do debate probatório (em auto-defesa) que como mera fonte de prova. Há situações, entretanto, em que o imputado se apresenta como direta fonte probatória (com o valor epistemológico que lhe for cabível): imaginem-se as hipóteses de interceptação telefônica das conversas do imputado (da qual podem surgir elementos de prova *irrepetíveis*) ou delação premiada deste, em face de terceiros, já também imputados ou até então não. Somente nesse último caso – delação, pelo imputado, em face de terceiros – seria cogitável a produção *cautelar* de prova a partir das declarações do imputado, caso esse já esteja muito idoso ou em avançado estado de debilidade física e, sentindo a proximidade de sua morte, deseje dizer algo pessoalmente ao juiz da causa antes do momento procedimentalmente regular. Contudo, na hipótese cogitada, a delação do coimputado que se diz desenganado se apresenta muito mais próxima do depoimento testemunhal cautelarmente produzido que do interrogatório, de modo que deverá estar cercada do cuidado típico da produção testemunhal cautelar (além da *judicialidade*, inerente a todas as produções probatórias cautelares, *o contraditório dos delatados deve ser máximo*, sob pena de os elementos produzidos lhes serem inofensivos).

Há, por outro lado, provas penais *cautelares* provenientes de fontes reais. Como dito acima, os elementos provenientes de fontes pessoais (vítimas, testemunhas e, muito excepcionalmente, perito e coimputado) são apenas *os mais evidentes* integrantes dessa modalidade probatória. Entre as provas penais *cautelares* provenientes de fontes reais se inserem todas as extraídas de documentos sob reserva de jurisdição, os quais se demonstrem necessários na fase pré-processual (por exemplo, informações bancárias sobre investigados). Tal necessidade (urgente) pode decorrer do aparelhamento de investigação sob impasse ou da verificação de justa causa para o ajuizamento de demanda penal. Se tais documentos puderem, sem qualquer prejuízo à formação da *opinio delicti* (positiva ou

negativa), ser obtidos após a abertura da correspondente instrução processual futura, sua entrega não deverá ser precocemente determinada. Contudo, se sua obtenção não puder aguardar o momento procedimentalmente normal, tratar-se-á de prova *cautelar*, sujeita a todos os condicionamentos acima apontados.

1.4.1.3. *Elemento probatório penal de produção legitimamente antecipada*

Interpreta-se o elemento de prova penal cuja produção é legitimamente *antecipada* (ou simplesmente *prova penal antecipada*) como sendo aquele pré-constituído sob *oportunidade temporal rotineira ou só aparentemente breve e judicialidade desnecessária, acidental ou só aparentemente inivável*.

Um exemplo de prova penal *antecipada* sob *oportunidade temporal rotineira e judicialidade desnecessária* é o elemento extraído de fonte probatória documental livremente acessível ao interessado (a propósito, esta é, classicamente, a prova pré-constituída por excelência). Sem maior controvérsia, os documentos de livre acesso são tradicionalmente juntados à petição inicial veiculadora das mais diversas demandas penais (de conhecimento, de execução ou, para quem as admite, cautelares; persecutórias ou defensivas). Tratando-se de provas pré-constituídas, o respectivo contraditório será imperfeito e diferido¹¹¹, pois nunca incidirá contemporaneamente à elaboração do conteúdo informativo daquela fonte (embora deva incidir sobre sua admissibilidade e sobre a produção e valoração dos elementos probatórios dali extraídos; e apesar de ser, ademais, sempre possível o contraste com outro documento). Por outro lado, deve ser repetida a diferença entre *documento* e *documentação*: documento (em sentido estrito) é a coisa que

¹¹¹ Diversamente da classificação aqui proposta, Gustavo Badaró (O valor probatório do inquérito policial, op. cit.) parte da distinção entre provas preconstituídas (que segundo a doutrina clássica, se ligam, em regra a fontes reais, “criadas” sem contraditório, somente sendo *submetidas* a contraditório posterior) e provas constituídas (decorrentes de fontes pessoais, e que são, por excelências, produzidas em contraditório). Uma crítica que se poderia fazer à classificação aqui proposta seria a ruptura com a já tradicional terminologia sobre as “provas pré-constituída”; além disso, as características de tais provas – fontes pessoais (provas constituídas) e, fontes reais (provas pré-constituídas) – são tão diferentes, que causa inicial estranheza a justaposição das duas em uma mesma categoria. Entretanto, pela dicção do novo art. 155 do CPP brasileiro, entende-se mais coerente a classificação ora exposta.

traz em si informação pré-constituída sobre enunciado fático (p.e., certidões, fotografias, discos musicais, mídias eletrônicas); já documentação seriam as condutas de redução a termo de atos procedimentais e sua fixação nos respectivos autos¹¹². Ainda sobre a juntada de documentos: se esses são de livre acesso, trata-se de prova antecipada; caso estejam sob reserva de jurisdição e sejam autorizados, trata-se de prova cautelar; caso estejam sob reserva de jurisdição e esta não seja obedecida, trata-se de prova ilegal e, portanto, inadmissível, a ser desentranhada dos autos processuais.

Serve como exemplo de prova penal *antecipada sob oportunidade temporal só aparentemente breve* todo elemento extraído de fonte probatória explorada em situação de justificável engano sobre sua emergência ou urgência. Imagine-se que é encontrado cadáver de suposta vítima de homicídio ocorrido semanas antes – é razoável supor a emergência do respectivo exame necroscópico, com a participação defensiva que puder ser otimizada. Imagine-se, em outro exemplo, que a principal testemunha sobre um caso penal se encontra muito idosa e com saúde física consideravelmente debilitada – é também razoável supor a urgência do correspondente depoimento, sob contraditório judicial. Cogite-se, contudo, que, nas futuras instruções dos processos penais correlatos, já muito após a realização das referidas produções probatórias precoces (exame necroscópico e depoimento testemunhal), verifica-se que, contrariando as probabilidades, o cadáver outrora examinado e a testemunha antes ouvida continuam plenamente idôneos, ou seja, poder-se-ia muito bem lhes ter aguardado o momento procedimentalmente normal. Nessas hipóteses, especialmente quando todos os legítimos interessados reconhecem a desnecessidade de se repetirem as produções probatórias, a valoração judicial incidirá sobre prova aparentemente irrepitível, no exemplo do exame necroscópico, e sobre prova aparentemente cautelar, no exemplo do depoimento testemunhal, ou seja, prova penal legitimamente *antecipada sob oportunidade temporal só aparentemente breve*.

Quanto à *judicialidade* da prova antecipada, os exemplos anteriores bem ilustram suas situações: será simplesmente *desnecessária* quando se tratar de elemento extraído de fonte probatória documental livremente acessível ao interessado; *acidental* na

¹¹² Cf. LARONGA, Antonio. *La prova documentale nel processo penale*, obra já citada, p. 5-8. SCARANCA FERNANDES, Antonio. Tipicidade e sucedâneos de prova, obra já citada, p. 13-45. BADARÓ, Gustavo Henrique Righy Ivahy. Provas atípicas e provas anômalas, obra já citada, p. 341-352.

hipótese do depoimento de testemunha muito idosa e debilitada que é ouvida cautelarmente em juízo, sob contraditório, e, anos depois, à época da adequada instrução, surpreendentemente se apresenta hígida (mas nova oitiva se demonstra desnecessária); ou *aparentemente inviável* na cogitação de exame necroscópico que se supõe emergente, sob a premissa da rápida deterioração cadavérica, a qual, porém, não vem a ocorrer (mas nova perícia se demonstra desnecessária). Em casos com tais peculiaridades, diante da boa-fé de quem produz a prova e da ausência de prejuízo procedimental à outra parte (a qual, se o alegar com plausibilidade mínima, terá direito à reprodução probatória), o art. 155 do CPP brasileiro legitima a antecipação probatória, embora seja repetível e não cautelar.

Sob retomada comparativa: o elemento probatório de produção *irrepetível* é obtido em situação de imprevisível *emergência* (sua oportunidade temporal é extremamente reduzida); o elemento probatório de produção *cautelar* é obtido em situação de *urgência* (sua oportunidade temporal é reduzida, mas administrável durante lapso significativo); o elemento probatório de produção *legitimamente antecipada* é obtido em situação de *aparente emergência ou urgência* (p.e., laudo de exame em cadáver que posteriormente se demonstra muito resistente à decomposição; oitiva, em contraditório judicial antecipado, de testemunha muito doente que permanece viva, lúcida e comunicativa na época da instrução) ou em situação de *normalidade temporal* (é o caso da produção prévia de documentos cujas informações venham a ser posteriormente valoradas na sentença). Por conta da imprevisível emergência em que é produzido, o elemento probatório de produção *irrepetível* pode ser obtido em sede extrajudicial (com o desvalor epistemológico que lhe for cabível). Também pode ser obtido em sede extrajudicial (mais uma vez, com o desvalor epistemológico que lhe for cabível) o elemento probatório de produção *legitimamente antecipada*, quando obtido em situação de *aparente emergência* ou, no caso da produção de documentos, em situação de *judicialidade desnecessária*. Já os elementos probatórios de produção *cautelar* (ou os *antecipados, sob aparente cautelaridade*), uma vez que sua oportunidade temporal é reduzida (ou aparentemente reduzida), mas administrável durante lapso significativo, devem necessariamente ser produzidos em sede judicial, sob contraditório (se o imputado for conhecido, deve-lhe ser oportunizada a devida participação; se não o for, deve ser nomeado defensor *ad hoc*). De acordo com a classificação ora proposta, o contraditório é praticamente inexistente nas

provas irrepetíveis, antecipado (dentro do possível) nas provas cautelares e, quanto às provas legitimamente antecipadas, o contraditório pode ser praticamente inexistente (quando há produção probatória sob aparente emergência), antecipado (quando há produção probatória sob aparente urgência) ou regularmente diferido (no caso da juntada de documentos, os quais constituem a forma mais comum de prova pré-constituída).

Uma vez que as provas pré-constituídas são muitas vezes produzidas em circunstâncias temporais muito restritivas, é necessário, em vários casos concretos, sua imediata identificação e enquadramento, como irrepetíveis, cautelares ou legitimamente antecipáveis. Tal raciocínio *provisório* pode ser feito por agente ou autoridade policial (p.e., ao gravar o depoimento de vítima encontrada agonizante), por interessado (p.e., ao requerer produção cautelar de testemunho) ou por órgão judicial (p.e., ao deferir perícia imediata em objeto sob aparentemente rápida deterioração). Entretanto, como se percebe pelo termo “apreciação da prova”, disposto no art. 155 do CPP, é só na *valoração* dos elementos de prova que se tem caracterização segura da modalidade de cada prova pré-constituída. Até lá, como demonstrado, uma produção aparentemente *irrepetível* ou *cautelar* pode se revelar ter sido apenas *antecipada*, embora legitimamente. Exemplos: o exame cadavérico realizado quando parecia emergencial vem a se revelar, anos mais tarde, passível de ter sido deixado para a época normal, por conta da inesperada resistência do cadáver (e, apesar disso, todos os interessados reconhecem a desnecessidade de novo exame); o depoimento testemunhal colhido sob contraditório judicial precoce, sob receio de perecimento de importante testemunha, a qual, todavia, vem a se apresentar hígida na época da instrução probatória (quando todos os interessados reconhecem a desnecessidade de novo depoimento). Caso seja requerida sua renovação, tais pré-constituições probatórias – que acabaram por se revelar desnecessariamente precoces – devem ser reproduzidas, agora em situação de normalidade procedimental. Caso não se requeira sua renovação, as provas legitimamente antecipadas devem ser, durante a valoração judicial, identificadas como tais (até mesmo para viabilizar o controle das partes) e, por expressa autorização do art. 155 do CPP, apreciadas sob o livre convencimento fundamentado do órgão judicial competente.

CAPÍTULO 2: A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL CONDICIONADA PELO DIREITO PROBATÓRIO

Não é objeto deste trabalho o complexo debate sobre a busca da verdade no Direito Processual Penal.

Basta, aqui, pontuar algo relativamente pacífico na doutrina contemporânea: o esclarecimento de suposto crime se dá sob a forma de reconstrução fática aproximativa (não mais absolutizada) e reconhecedora de seus limites epistemológicos e jurídicos¹¹³.

O desejo de que tal reconstrução corresponda significativamente aos fatos realmente ocorridos certamente inspira a fase investigativa (para a formação da *opinio delicti*) e, após a instauração de eventual processo penal, a respectiva instrução probatória.

Entretanto, a atividade investigativa deve reconhecer que nunca obterá grau absoluto (ou sequer ótimo) de correspondência aos fatos realmente ocorridos¹¹⁴. Já se disse, no Capítulo 1, que, rigorosamente, o Direito Processual não se preocupa com a prova de fatos, mas, sim, com a prova de *afirmações* sobre fatos. E, ademais, qualquer enunciado probatório tende a ter, pelo menos, um problema epistemológico incontornável: salvo nos

¹¹³ Entre os juristas que se demonstram propensos ao conceito – objetivista – de *verdade como correspondência entre asserções e fatos*: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 48-71. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, obra citada, p. 41-57. BADARÓ, Gustavo, *Ônus da prova no processo penal*, obra citada, p. 19-62, e, do mesmo autor, *Processo penal*, obra citada, p. 266-269. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz. *Temas de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 150-153. Entre os que se demonstram tendentes a conceitos – subjetivistas – de *verdade como coerência* ou como *aceitabilidade justificada*: LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. v. 1, obra citada, p. 552-562. Sobre a relação entre verdade (externa ao processo e inalcançável) e método reconstrutivo (interno ao processo e inferencial-aproximativo), assim como sobre as limitações à reconstrução dos fatos, v. FERRUA, Paolo. Epistemologia científica ed epistemologia giudiziaria: differenze, analogie, interrelazioni. In: NEUBURGER, Luisella de Cataldo (org.). *La prova scientifica nel processo penale*. Padova: CEDAM, 2007, p. 3-30.

¹¹⁴ Aury Lopes Júnior (*Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, v. 1, obra citada, p. 557) está entre os autores que consideram que “a verdade contém um excesso epistêmico, principalmente para o processo (melhor, para o ritual judiciário)”.

raros casos em que o interlocutor-avaliador pode observar diretamente o enunciado fático a ser provado, o destinatário da informação deve dar maior ou menor crédito a dados fornecidos por *terceiros*, que podem estar equivocados, imbuídos de má-fé etc.

Além da finitude epistemológica, o próprio ordenamento jurídico, pela evolução jurídico-processual e pela longa experiência histórica de abusos contra direitos fundamentais, estabelece limites para a reconstrução fática. Em determinados contextos, o próprio Direito prefere a incerteza (que, no âmbito criminal, favorece ao imputado) a obter elementos reconstitutivos duvidosos ou abusivos.

Antonio Magalhães Gomes Filho¹¹⁵ aponta dois principais fundamentos para a restrição de elementos reconstitutivos, ainda que aparentem ser pertinentes e relevantes. Visando ao atendimento de *finalidades processuais*, o ordenamento jurídico-criminal impõe a demonstração de certos fatos através de meios probatórios específicos (como nos casos dos arts. 62, 155, parágrafo único, e 158 do CPP¹¹⁶) e expressamente diminui o valor do testemunho de crianças e deficientes mentais (art. 208 do CPP¹¹⁷). Visando ao atendimento de *finalidades extraprocessuais*, o ordenamento exclui provas que atentariam contra o exercício de direitos considerados essenciais (como no caso do privilégio contra a auto-incriminação¹¹⁸ e os privilégios referentes à vida familiar¹¹⁹ ou ao

¹¹⁵ *Direito à prova no processo penal*, obra citada, p. 91-130.

¹¹⁶ CPP, art. 62: “No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade.” Art. 155, parágrafo único: “Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.” Art. 158: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.”

¹¹⁷ “Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206.”

¹¹⁸ Decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR) e do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CR). Entre os vários exemplos aceitos na jurisprudência brasileira, v. acórdão unânime do Plenário do STF, no HC 100341/AM, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 04.11.2010, publicado no DJe 233, divulgado em 01.12.2010, publicado em 02.12.2010, Ementário nº 2443-01, p. 119: “(...) Direito ao silêncio, garantia contra a auto-incriminação e comunicação com advogado. Aplicabilidade plena. (...) É jurisprudência pacífica desta Corte assegurar-se ao convocado para depor perante CPI o privilégio contra a auto-incriminação, o direito ao silêncio e a comunicar-se com o seu advogado.”

¹¹⁹ Art. 206 do CPP: “A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.”

sigilo profissional¹²⁰), o que também ocorre na inutilizabilidade¹²¹ da prova ilícita (como a decorrente de violação a domicílio ou ao sigilo das comunicações).

Verifica-se uma tensão entre, de um lado, a otimização do acerto fático e, de outro, o Direito Probatório. Bom exemplo de situação-limite é a discussão sobre a constitucionalidade da parte final do art. 206 do CPP, a qual imporia o depoimento de familiares próximos do acusado “quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias”. O CPP brasileiro, de feição autoritária, não admite que, sendo possível a reconstrução fática, ela não ocorra por *meros escrúpulos íntimos*. Entretanto, no estágio evolutivo do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR), do direito à vida privada (art. 5º, X, da CR) e da proteção à família (art. 226 da CR), tende-se a sustentar a inconstitucionalidade da ressalva feita pelo referido dispositivo processual penal¹²².

Denomina-se aqui Direito Probatório ao subsistema de normas jurídicas que, direta ou indiretamente, regulamentam a reconstrução dos fatos sob julgamento.

Como será desenvolvido neste estudo¹²³, o ato de investigação criminal se manifesta desde as pesquisas iniciais quanto a suposto crime, inspiradas em hipóteses internas do investigador, até a proposição de provas em eventual processo judicial. Tal ato busca 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. A finalidade de tais elementos informativos em sentido amplo é a instrumentalização da *opinio delicti*, de decisões judiciais intermediárias e da atividade probatória em eventual processo.

¹²⁰ Art. 207 do CPP: “São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.”

¹²¹ Expressão encontrada em BADARÓ, Gustavo Henrique Righy Ivahy. *Processo penal*, obra citada, p. 287. Nas p. 283-289, esse autor sustenta o alargamento da proteção contra provas ilícitas (violadoras de liberdades públicas) para também vedar as tradicionalmente denominadas provas ilegítimas (violadoras de garantias processuais), de modo que ambas sejam consideradas inutilizáveis: “Os meios de prova obtidos ilicitamente são inadmissíveis no processo, e, se nele indevidamente ingressarem, devem ser desentranhados. Em um ou em outro caso, jamais poderão ser valorados pelo juiz. O desentranhamento da prova dos autos é, apenas, o mecanismo técnico para assegurar uma proibição de valoração da prova ilícita.”

¹²² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, obra citada, p. 126-128.

¹²³ V. Capítulo 3.

Diante dessa finalidade cogente, sustenta-se já aqui importante limitação imposta pelo Direito Probatório à investigação criminal: não se admite ato investigativo criminal que não conduza a elemento reconstutivo proponível em juízo. Se, por exemplo, a tomada unilateral de determinado testemunho aparenta viabilizar a futura proposição daquela fonte probatória em eventual processo penal, trata-se de ato investigativo válido. Se aquele testemunho for insuscetível de futura proposição probatória (p.e., por violação a sigilo profissional), trata-se de ato investigativo inválido – não deverá ser produzido; se o for, não poderá, validamente, fundamentar demanda judicial, especialmente contra o investigado.

O Direito Probatório é, portanto, limitador do alcance investigativo, e todos os argumentos a seguir expendidos tentarão contribuir para o fortalecimento (e não a perversão) de um sistema de controle equilibrado entre eficiência e garantismo penais¹²⁴.

No Direito Comparado, os principais mecanismos jurídicos de controle de ilegalidades e abusos na investigação criminal são: *i*) a educação e o treinamento, em todos os níveis, em favor do respeito aos direitos fundamentais das pessoas submetidas a qualquer forma de persecução penal; *ii*) a previsão legal de medidas punitivas e a correspondente instauração de procedimentos administrativo-disciplinares e processos cíveis e criminais contra supostos violadores; *iii*) o desestímulo ao *Estado-partícipe*, através da atipicidade penal, por falta de dolo, quanto a todos (ou quase todos) os fatos objetivamente típicos que tenham sido induzidos, instigados ou materialmente auxiliados pelo Estado-Persecutor (além da correspondente ilicitude probatória); e *iv*) o estabelecimento de variadas limitações probatórias¹²⁵.

Desses mecanismos, o que está mais diretamente inserido no Direito Probatório e mais imediatamente condiciona a investigação criminal é o último, que acaba

¹²⁴ V. SCARANCE FERNANDES, Antonio. O equilíbrio na investigação criminal. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 319-330.

¹²⁵ V. recente obra coletiva, organizada no âmbito da Academia Internacional de Direito Comparado, com relatórios nacionais elaborados por professores dos EUA, Irlanda, Escócia, Israel, Alemanha, França, Bélgica, Holanda, Espanha, Itália, Grécia, Turquia, Sérvia, Inglaterra, País de Gales e Taiwan, além de relatório voltado à jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos: THAMAN, Stephen C. (org.). *Exclusionary rules in Comparative Law*. Dordrecht: Springer, 2013

por se traduzir na exclusão, em maior ou menor grau, do material probatório obtido com violação a direitos e garantias constitucionais (*exclusionary rule*, *Beweisverbote*, *inutilizzabilità*), cuja finalidade, sentido normativo e alcance têm variado na história de cada país¹²⁶.

Como ressalta Teresa Armenta Deu¹²⁷, as normas, doutrina e jurisprudência sobre exclusão probatória ilustram bem a tensão entre, de um lado, a tutela de bens jurídicos considerados essenciais para a sociedade, a tal ponto de serem protegidos pelo Direito Penal, e, de outro, os direitos fundamentais dos envolvidos, os quais constituem conquistas civilizatórias das quais não se pode abrir mão. O tema da exclusão probatória também reflete a pendularidade entre garantismo e eficiência da persecução penal: reagindo a contextos sociais de menor cobertura midiática sobre eventuais mazelas da segurança pública interna e internacional, tende a comunidade jurídica à maior valorização dos direitos fundamentais e, em consequência, maior firmeza e expansividade da exclusão probatória; sob sentimentos coletivos de insegurança ou impunidade (sejam eles justificados ou não), a tendência da comunidade jurídica passa a ser a redução das hipóteses de exclusão probatória, aumentando-se as exigências para que determinados elementos cognitivos sejam considerados ilícitos (no caso de provas) ou contaminadores (no caso de elementos investigativos prévios), assim como adotando-se doutrinas limitadoras, mais causalistas e objetivas, tais como a delimitação estrita (embora não necessariamente restritiva) do direito fundamental protegido em cada situação concreta de aplicação, a eventual ausência de conexão entre a transgressão e elementos cognitivos supervenientes, a boa-fé do transgressor, o descobrimento inevitável, a atenuação do nexo causal e a fonte independente.

Nos próximos subitens, são apontados fragmentos do Direito Probatório

¹²⁶ V. THAMAN, Stephen C. Introduction. In: THAMAN, Stephen C. (org.). *Exclusionary rules in Comparative Law*, op. cit., p. xi-xv.

¹²⁷ ARMENTA DEU, Teresa. La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en Europa y America en materia de prueba ilícita). In: ARMENTA DEU, Teresa. *Estudios sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 276-277 e 288-289. Nas p. 303-304, a referida autora discorre mais sobre o difícil (quase impossível) e muito instável equilíbrio entre garantismo e eficiência persecutória: diante da lesão injusta dos direitos do imputado e do uso ilegítimo do processo, tem-se a vítima e a própria sociedade vendo o suposto delinquente passear livre e impunemente; deve-se também pensar na injustiça de ficarem impunes os agentes estatais que buscaram provas à margem da legalidade; deve-se pensar na busca da verdade como objetivo do sistema probatório, mas se ter em conta que a verdade não pode ser rigorosamente alcançada, e que sua busca tem limites.

em três países especialmente influenciadores do congênere brasileiro (EUA, Alemanha e Itália), assim como notícia da jurisprudência de tribunais internacionais (CADH, TEDH e TPI), sempre com foco nos limites probatórios condicionantes da investigação criminal e visando-se ao estabelecimento de proposições sobre o estado atual do Direito Probatório brasileiro nesse âmbito.

2.1. Investigação criminal, exclusão probatória e balanceamento nos EUA

O Direito Probatório estadunidense é objeto de leis federais (destacando-se as *Federal Rules of Evidence*), de leis estaduais (uma vez que há competência legislativa concorrente) e, principalmente, da jurisprudência, que é tanto mais marcante quanto mais alto for o órgão judiciário do qual emana, destacando-se, como órgão de cúpula nacional, a *United States Supreme Court*¹²⁸.

O sistema processual penal estadunidense é fortemente acusatório (ou *adversarial*), com destaque para os julgamentos pelo tribunal do júri, formado por cidadãos geralmente sem formação técnico-jurídica, a cujo juízo de fato são apresentados argumentos e provas, previamente filtrados por exame de admissibilidade de juiz-presidente togado¹²⁹.

Nos EUA, o principal mecanismo condicionante da investigação criminal

¹²⁸ Nos países de *common law* (entre eles, os EUA), o princípio *stare decisis et non quieta movere* (“mantenha-se o já decidido e não se movimente o já estável”) determina, em termos gerais, que os órgãos judiciais inferiores guardem obediência aos precedentes das cortes superiores e, pelo menos, alguma reverência aos próprios julgados e àqueles de tribunais de igual hierarquia. Desse modo, as decisões judiciais integram o Direito Positivo de tais países. Cf. BRENNER, Susan W. Constitutional rights and new technologies in the United States. In: LEENES, Ronald. KOOPS, Bert-Jaap. DE HERT, Paul. (orgs.). *Constitutional rights and new technologies*. Haia: TMC Asser Press, 2008, p. 225-230. V. tb. SAMAHA, Joel. *Criminal procedure*, op. cit., p. 19-20.

¹²⁹ BECKER, Steven W. United States of America: contribution to the Preparatory Colloquium of the XVIII International Congress of Penal Law. *Revue Internationale de Droit Pénal*. v. 80, edição anual. Toulouse: Éditions Érès, 2009, p. 341-354 do CD-ROM anexo ao periódico. Ressalte-se que o destaque do júri no sistema criminal estadunidense não é no sentido *quantitativo*, pois a esmagadora maioria dos casos criminais não chegam a ser julgados pelo júri, sendo resolvidos por acordo (*bargaining*) entre Ministério Público e acusado.

é a exclusão probatória (*exclusionary rule*¹³⁰), pela qual se impede que especialmente os jurados tomem conhecimento ou formem convencimento sobre determinados elementos cognitivos considerados inadmissíveis, ou se anulam, em via recursal, julgamentos nos quais esse conhecimento ou convencimento foi indevidamente permitido¹³¹.

O texto original da Constituição dos EUA, em vigor a partir de 1789, nada dispõe, sequer reflexamente, sobre Direito Probatório¹³². Entretanto, a partir da Quarta, Quinta e Sexta Emendas Constitucionais, em vigor a partir de 1791, e da Décima Quarta Emenda, vigente a partir de 1868, foram positivados direitos fundamentais que, em pouco tempo, vieram a condicionar a obtenção, produção e valoração das provas criminais naquele ordenamento: embora em nenhum texto constitucional estadunidense se cogite da exclusão probatória, essa veio a ser entendida como necessária para dissuadir órgãos investigadores de violar os mencionados direitos fundamentais¹³³, doutrina posteriormente influenciadora do Direito Probatório de vários outros países¹³⁴.

¹³⁰ No caso da *exclusionary rule*, a palavra inglesa *rule* não pode, sem maiores problemas, ser traduzida como *regra*. Por exemplo, na tradicional expressão *rule of law*, indica-se o *império do Direito*, não determinada *regra*. No âmbito da exclusão probatória estadunidense, há comandos constitucionais tratados pela doutrina e pela jurisprudência como principiológicos, o que dificulta a exata tradução do que seja a *exclusionary rule*. V. CAMMACK, Mark E. The United States: the rise and fall of the constitutional exclusionary rule. In: THAMAN, Stephen C. (org.). *Exclusionary rules in Comparative Law*. Dordrecht: Springer, 2013, p. 3-32.

¹³¹ Cf. SAMAHA, Joel. *Criminal procedure*. 8ª ed. Belmont: Wadsworth, 2012, p. 334-388. V. tb. ARMENTA DEU, Teresa. La verdad en el filo de la navaja, op. cit., 278.

¹³² Cf. SAMAHA, Joel. *Criminal procedure*, op. cit., p. 337.

¹³³ Para os interesses do presente estudo, assim dispõem as referidas Emendas à Constituição dos EUA: “Quarta Emenda: O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra buscas e apreensões irrazoáveis não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido nesse sentido, a não ser mediante indícios suficientes de culpabilidade, confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas. Quinta Emenda: Ninguém (...) poderá ser coercitivamente compelido, em qualquer processo criminal, a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem o devido processo jurídico (...). Sexta Emenda: Em todas as perseguições criminais, o acusado terá direito (...) de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser confrontado com as testemunhas a ele contrárias; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado. Décima Quarta Emenda: (...) Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo jurídico, tampouco negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a proteção igualitária das leis.” Há quem limite a expressão *exclusionary rule* à exclusão probatória decorrente de violação à Quarta Emenda, derivando-se outras exclusões probatórias de diferentes linhas jurisprudenciais – v. DEL CARMEN, Rolando V. *Criminal procedure – law and practice*. 8ª ed. Belmont: Wadsworth, 2010, p. 92-93. Outros autores utilizam a expressão para indicar todas as formas de exclusão probatória causadas por violações a direitos e garantias constitucionais – é o caso de CAMMACK, Mark E. The United States: the rise and fall of the constitutional exclusionary rule, op. cit., p. 3-5; também é o caso de SAMAHA, Joel. *Criminal procedure*, op. cit., p. 341-342; o presente trabalho se referirá à *exclusionary rule* estadunidense sob essa perspectiva abrangente.

¹³⁴ V. THAMAN, Stephen C. *Balancing Truth Against Human Rights: A Theory of Modern Exclusionary*

Acompanhando a evolução do Direito positivo, a jurisprudência e a doutrina estadunidenses, até o final do Século XIX, não cogitavam significativamente de exclusões probatórias, concedendo-se, salvo erros teratológicos, solitário protagonismo à busca da verdade, ou seja, à otimização dos mecanismos de reconstrução dos fatos relevantes e pertinentes em determinado caso criminal¹³⁵. Até então, a forte tendência era de que eventuais abusos praticados durante a pesquisa probatória somente pudessem ser reprimidos mediante punições disciplinares ou cíveis-indenizatórias contra os respectivos violadores¹³⁶. Como exemplo dessa fase, Mark Cammack cita o precedente *Commonwealth versus Dana*, no qual a Corte Suprema de Justiça do Estado de Massachusetts, em 1841, decidiu expressamente que “o tribunal não pode tomar conhecimento do modo de obtenção de documentos apresentados como prova, se lícito ou ilícito, tampouco isso deve abrir ensejo a questão processual incidental”¹³⁷. Nos raros casos em que se impedia a valoração de provas obtidas por meios antijurídicos, não se afirmava tal exclusão como imperativo constitucional¹³⁸.

Em 1886, a Suprema Corte dos EUA deixou transparecer, no julgamento do caso *Boyd versus United States*¹³⁹, a inadmissibilidade probatória dos resultados de apreensão domiciliar coativa, quando desprovida de mandado judicial¹⁴⁰. E, em 1897, ao exame do precedente *Bram versus United States*¹⁴¹, o mesmo tribunal pontuou que a Quinta

Rules. In: THAMAN, Stephen C. (org.). *Exclusionary rules in Comparative Law*, op. cit., p. 406-407.

¹³⁵ A própria ideia de *direitos fundamentais*, como vinculantes do Poder Legislativo, é até hoje polêmica no Direito Constitucional dos EUA, especialmente em relação àqueles não escritos na Constituição americana, mas, ainda assim, afirmados pela *Supreme Court* (direito ao casamento, à procriação, a supervisionar a educação dos filhos, à integridade corporal, privacidade, ao devido processo substantivo etc.); pela *state action doctrine*, a *Supreme Court* afirma que os direitos fundamentais se aplicam somente em face de atuação estatal (portanto lhes nega, indiretamente, eficácia horizontal). V. BRENNER, Susan W. Constitutional rights and new technologies in the United States. In: LEENES, Ronald. KOOPS, Bert-Jaap. DE HERT, Paul. (orgs.). *Constitutional rights and new technologies*. Haia: TMC Asser Press, 2008, p. 226-229.

¹³⁶ Cf. SAMAHA, Joel. *Criminal procedure*, op. cit., p. 337.

¹³⁷ Referência jurisprudencial: *Commonwealth versus Dana*, 43 Massachusetts 329, 337 (1841), citado por CAMMACK, Mark E. *The United States: the rise and fall of the constitutional exclusionary rule*, op. cit., p. 8-10.

¹³⁸ V. caso *Hopt versus Utah* (110 U.S. 574), julgado pela *U. S. Supreme Court* em 1884, sobre a inadmissibilidade de confissões extraídas contra a liberdade de autodeterminação do imputado; precedente citado por CAMMACK, Mark E. *The United States: the rise and fall of the constitutional exclusionary rule*, op. cit., p. 3-4.

¹³⁹ Referência jurisprudencial: 116 U.S. 616 (1886).

¹⁴⁰ V. DEL CARMEN, Rolando V. *Criminal procedure*, op. cit., p. 94-95.

¹⁴¹ Referência jurisprudencial: 168 U.S. 532 (1897).

Emenda à Constituição dos EUA imporia a exclusão, por imperativo constitucional implícito, de confissões involuntárias na jurisdição federal. Mas foi marcadamente em 1914, com o julgamento, por aquela Suprema Corte, do caso *Weeks v. United States*¹⁴², que se iniciou a positivação da ideia de que, pelo menos em âmbito federal, o Estado-Persecutor estaria constitucionalmente impedido de se beneficiar das provas resultantes de violações por ele mesmo cometidas. Em *Weeks*, o cidadão estadunidense Fremont Weeks sofrera a apreensão policial domiciliar de variados pertences lícitos, sem que a polícia detivesse o necessário mandado judicial, e, com base no que se depreendeu de tais pertences, fora condenado, em corte federal, por atividades criminosas de jogo; em grau recursal, a *US Supreme Court*, afirmando a frontal violação à Quarta Emenda Constitucional, considerou constitucionalmente inadmissível a utilização, como prova, do material apreendido sem mandado e determinou sua devolução ao imputado¹⁴³.

Em 1920, no julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co. versus United States*¹⁴⁴, a Suprema Corte dos EUA apreciou a admissibilidade de nova requisição estatal de documentos outrora inconstitucionalmente descobertos e apreendidos (e, por isso, devolvidos aos donos). O tribunal decidiu, à ocasião, que, pelo menos em âmbito federal, também eram constitucionalmente inadmissíveis obtenções probatórias indiretamente violadoras da Quarta Emenda: era o início da *doutrina do fruto da árvore venenosa* (*fruit of the poisonous tree doctrine*), ou seja, passou-se a sustentar que o reflexo probatório (fruto) de violação constitucional persecutória (árvore venenosa) seria tão nocivo quanto esta e, portanto, processualmente inadmissível¹⁴⁵. Dizia-se que o Estado-Persecutor não poderia ficar em *melhor* situação investigativo-probatória após violar a Constituição (embora não se respondesse, inicialmente, se o Estado-Persecutor deveria ficar em situação investigativo-probatória *pior* após violar a Constituição)¹⁴⁶.

¹⁴² Referência jurisprudencial: 232 U.S. 383 (1914).

¹⁴³ Cf. SAMAHA, Joel. *Criminal procedure*, op. cit., p. 337-338. O autor acrescenta que, em *Weeks versus United States*, a *US Supreme Court* deixou claro que tal exclusão probatória era somente impositiva em âmbito federal, ficando livres os Estados-Membros para estabelecerem mecanismos próprios de reforço dos direitos fundamentais de seus cidadãos; e, por outro lado, o tribunal nada disse sobre o que teria decidido se o material indevidamente apreendido tivesse sido o próprio corpo de delito, o que veio a ser respondido, em favor do imputado, em 1925, no caso *Agnello versus U.S.*

¹⁴⁴ Referência jurisprudencial: 251 U.S. 385 (1920).

¹⁴⁵ V. CAMMACK, Mark E. *The United States: the rise and fall of the constitutional exclusionary rule*, op. cit., p. 12-13.

¹⁴⁶ Mais de seis décadas depois, em *Nix versus Williams*, 467 U.S. 431 (1984), especialmente p. 444, a Suprema Corte firmou o entendimento de que, se a ilegalidade ou o abuso não podem colocar o Estado-Persecutor em situação melhor que antes de sua prática, tampouco seria razoável colocá-lo em situação

Em 1949, julgando o caso *Wolf versus Colorado*¹⁴⁷, a *Supreme Court* decidiu que os Estados-Membros estavam sujeitos à cláusula de devido processo jurídico estabelecida pela Décima Quarta Emenda Constitucional¹⁴⁸, porém daí não decorreria, por imperativo constitucional, a exclusão das provas obtidas mediante sua violação¹⁴⁹. Tal ressalva veio a ser radicalmente modificada doze anos após, em 1961, no julgamento do caso *Mapp versus Ohio*¹⁵⁰, no qual a Suprema Corte reafirmou a aplicação da Décima Quarta Emenda aos Estados-Membros e lhes impôs, como imperativo constitucional implícito, a exclusão de provas obtidas mediante buscas e apreensões irrazoavelmente desprovidas de mandado judicial¹⁵¹.

Em 1964, apreciando o caso *Massiah versus United States*¹⁵², a Suprema Corte decidiu que, após a formalização de procedimento criminal com imputações individualizadas, o direito a advogado, previsto na Sexta Emenda Constitucional, impõe, como imperativo constitucional implícito, a exclusão das declarações incriminadoras obtidas do imputado involuntariamente desassistido de defensor técnico¹⁵³.

Dois anos após, em 1966, no exame do caso *Miranda versus Arizona*¹⁵⁴, a *Supreme Court* estabeleceu que o direito de o imputado não se autoincriminar, previsto na Quinta Emenda, impõe, como imperativo constitucional implícito, a exclusão das declarações a ele desfavoráveis obtidas durante sua custódia estatal, a não ser que tal imputado tivesse sido previamente advertido sobre o mencionado direito e dele tivesse voluntariamente aberto mão. Essa exclusão probatória marcou de tal modo a prática policial estadunidense, que são hoje notórias as chamadas “advertências Miranda” (“*Miranda warnings*”), pelas quais os agentes e autoridades da persecução criminal, tão

pior. Cf. SAMAHA, Joel. *Criminal procedure*, op. cit., p. 338 e 345.

¹⁴⁷ Referência jurisprudencial: 338 U.S. 25 (1949).

¹⁴⁸ A garantia do devido processo jurídico já estava prevista, em âmbito federal, pela Quinta Emenda Constitucional, ratificada em 1791, mas somente passou a valer em face dos Estados-Membros a partir da ratificação, em 1868, da Décima Quarta Emenda, que repetiu tal garantia em seu comando expreso.

¹⁴⁹ V. SAMAHA, Joel. *Criminal procedure*, op. cit., p. 338-339.

¹⁵⁰ Referência jurisprudencial: 367 U.S. 643 (1961).

¹⁵¹ V. CAMMACK, Mark E. *The United States: the rise and fall of the constitutional exclusionary rule*, op. cit., p. 9-10.

¹⁵² Referência jurisprudencial: 377 U.S. 201 (1964).

¹⁵³ V. SAMAHA, Joel. *Criminal procedure*, op. cit., p. 278-279. CAMMACK, Mark E. *The United States: the rise and fall of the constitutional exclusionary rule*, op. cit., p. 29-31.

¹⁵⁴ Referência jurisprudencial: 348 U.S. 436 (1966).

logo tenham contato com supostos criminosos sob custódia estatal, declaram-lhes o direito de não se autoincriminarem, assim como os direitos ao devido processo e à assistência de um advogado¹⁵⁵.

A afirmação, pela Suprema Corte dos EUA, de estatura constitucional implícita para tais exclusões probatórias, contou com bons argumentos¹⁵⁶: *i)* a exclusão de provas decorrentes de violações a direitos constitucionais previne tais violações; *ii)* manifesta-se, com isso, a recusa da comunidade política em se aproveitar da ilegalidade, ainda que fosse para a punição de criminosos, o que reforça a ideia de Estado de Direito; *iii)* do ponto de vista numérico, seriam relativamente poucos os casos, nos EUA, de impunidade causada pela exclusão probatória; *iv)* os mecanismos de *exclusionary rule* induzem ao maior profissionalismo e eficiência dos agentes estatais responsáveis pela persecução penal; *v)* evita-se que o Poder Judiciário, incumbido da guarda dos direitos fundamentais, confira alguma validade a ilegalidades ou abusos estatais; *vi)* evita-se que o Estado-Persecutor se beneficie das próprias violações; e *vii)* a constitucionalização os mecanismos de *exclusionary rule* reafirma o império dos direitos fundamentais correlatos.

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência estadunidenses também apresentam argumentos contrários (e polêmicos) à exclusão probatória, com especial oposição à sua investidura em imperativo constitucional¹⁵⁷: *i)* seria injusto fazer a sociedade pagar pelo erro de um agente estatal, muitas vezes decorrente de simples tecnicidade; *ii)* os mecanismos de *exclusionary rule* afastam provas bastante objetivas, como impressões digitais, armas e corpos de delito, impedindo irrazoavelmente a reconstrução dos fatos interessantes para causas criminais; *iii)* haveria o desestímulo à punição individual do agente violador, uma vez que os correspondentes órgãos disciplinares tenderiam a considerá-lo já suficientemente castigado pela inutilização de seus esforços investigativos; *iv)* seria estimulada, entre os agentes da persecução penal, a tentação de mentirem perante os júzios criminais, na tentativa de ocultarem ou negarem ilegalidades e abusos ocorridos na obtenção da prova; *v)* a impunidade causada diminuiria o respeito pelo Direito e pela Justiça Criminais; *vi)* não haveria prova de que os

¹⁵⁵ V. DEL CARMEN, Rolando V. *Criminal procedure*, op. cit., p. 338-377. CAMMACK, Mark E. The United States: the rise and fall of the constitutional exclusionary rule, op. cit., p. 24-28.

¹⁵⁶ V. DEL CARMEN, Rolando V. *Criminal procedure*, op. cit., p. 114-115.

¹⁵⁷ V. DEL CARMEN, Rolando V. *Criminal procedure*, op. cit., p. 115-116.

mecanismos de *exclusionary rule* efetivamente dissuadiriam os agentes da persecução penal quanto à prática de ilegalidades e abusos durante a coleta probatória, havendo plausibilidade em afirmar que poderiam, sim, desestimular bons servidores quanto ao exercício de suas funções; *vii*) em comparação com a maioria dos outros ordenamentos jurídicos, os EUA teriam ido longe demais com os mecanismos de *exclusionary rule* estabelecidos em *Mapp versus Ohio*, *Massiah versus United States* e *Miranda versus Arizona*; *viii*) tais mecanismos não teriam qualquer efeito dissuasório nas atividades de polícia ostensiva e preventiva; *ix*) tais mecanismos não estão escritos na Constituição dos EUA, tendo sido integralmente construídos pela interpretação da Suprema Corte; e *x*) esses mecanismos não punem o agente responsável pela conduta ilegal ou abusiva.

Semelhantes objeções deram origem a atenuações dos mecanismos de *exclusionary rule* estabelecidos em *Mapp versus Ohio*, *Massiah versus United States* e *Miranda versus Arizona*, de modo a que nem todas as condutas investigativas consideradas aquém do padrão ótimo de respeito aos direitos fundamentais possam conduzir à inutilizabilidade dos elementos delas direta ou indiretamente derivados¹⁵⁸. Destacam-se, aqui: *i*) o uso retorsivo de provas ilícitas para contestar mentiras do acusado ou das testemunhas a ele favoráveis; *ii*) a exigência de legitimação para o pleito de exclusão probatória; *iii*) a validação da fonte probatória obtida independentemente da violação; *iv*) a admissibilidade de compressões, mesmo sem mandado judicial, a expectativas irrazoáveis de privacidade; *v*) a atenuação da ilegalidade ou abuso cometidos pelo Estado-Persecutor, até sua dissipação; *vi*) limitações ao precedente *Miranda*; *vii*) limitações ao precedente *Massiah*; *viii*) o uso colateral de provas ilícitas, em procedimentos diversos do feito principal; *ix*) a admissão de provas obtidas indevidamente, as quais, entretanto, provavelmente viriam a ser depois descobertas, através de métodos investigativos regulares; e *x*) a consideração da boa-fé do Estado-Persecutor.

Tais exceções demonstram a tradição jurisprudencial estadunidense no sentido da ponderação ou balanceamento (*balancing test*) entre a adequada persecução criminal e os direitos fundamentais das pessoas criminalmente imputadas, ambos considerados igualmente constitucionais (e sob instável equilíbrio) pela Suprema Corte dos

¹⁵⁸ Cf. CAMMACK, Mark E. The United States: the rise and fall of the constitutional exclusionary rule, op. cit., p. 13-15.

EUA¹⁵⁹.

Já em 1954, examinando o precedente *Walder versus United States*¹⁶⁰, a *US Supreme Court* decidira que até mesmo provas inconstitucionalmente obtidas poderiam ser usadas em retorsão (*cross-examination of defense witnesses*), para contestar mentiras do acusado ou das testemunhas a ele favoráveis (*testimony impeachment*). Naquele caso, o acusado afirmara ao júri que nunca comprara ou possuía heroína, substância que, em verdade, fora inconstitucionalmente apreendida em seu poder; em seguida, para retirar a credibilidade do imputado perante o júri, a acusação exibiu a este a droga outrora capturada, conduta considerada válida pelo juiz da causa – e, posteriormente, pela Suprema Corte –, especialmente porque o juiz-presidente advertira os jurados de que o material não poderia ser tomado em conta para aferição da materialidade ou autoria delitivas, mas apenas para avaliação da fidedignidade das declarações do acusado¹⁶¹. Essa linha jurisprudencial veio a ser reafirmada pela *US Supreme Court*, nos casos *Michigan versus Harvey*¹⁶², de 1990, e, recentemente, *Kansas versus Ventris*¹⁶³, julgado em 2009.

Em 1960, no precedente *Jones versus United States*¹⁶⁴, a *USSC* deixara expresso que somente a pessoa que, em tese, sofrera busca e apreensão inconstitucional poderia, através de seu advogado, requerer a exclusão dos elementos investigativos coletados – tal limitação foi denominada doutrina da *legitimação* para o pleito de exclusão probatória (*standing doctrine*), sendo considerada uma das principais limitações à *exclusionary rule* da Quarta Emenda¹⁶⁵. Vinte anos depois, em *United States versus Payner*¹⁶⁶, a *USSC* reforçou tal precedente, a ponto de permitir que o Estado-Persecutor usasse, em processo criminal condenatório, elementos probatórios outrora obtidos sob deliberada violação à Quarta Emenda: investigadores da Receita Federal dos EUA, sem

¹⁵⁹ V. SAMAHA, Joel. *Criminal procedure*, op. cit., p. 6-12.

¹⁶⁰ Referência jurisprudencial: 347 U.S. 62 (1954).

¹⁶¹ Cf. SAMAHA, Joel. *Criminal procedure*, op. cit., p. 343.

¹⁶² Referência jurisprudencial: 494 U.S. 344 (1990).

¹⁶³ Referência jurisprudencial: 556 U.S. 586 (2009).

¹⁶⁴ Referência jurisprudencial: 362 U.S. 257-261 (1960).

¹⁶⁵ V. CAMMACK, Mark E. The United States: the rise and fall of the constitutional exclusionary rule, op. cit., p. 13-15. V. tb. AMBOS, Kai. A teoria do efeito extensivo no Direito Processual Penal estadunidense e sua aplicação ao processo penal alemão. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (org.). *Proibições probatórias no processo penal*. Análise do Direito brasileiro, do Direito estrangeiro e do Direito internacional. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 47-88, especialmente p. 74-75, onde é também referido o precedente *Alderman versus United States*, 394 U.S. 165 (1968).

¹⁶⁶ Referência jurisprudencial: 447 U.S. 727 (1980).

mandado judicial, mas cientes da *standing doctrine*, apreenderam documentos em poder de banqueiro, os quais somente se referiam a cliente deste (e, sob a concordância da *USSC*, vieram a constituir prova criminal contra tal cliente)¹⁶⁷.

Sobre a *doutrina do fruto da árvore venenosa*, estabelecida da inadmissibilidade constitucional de obtenções probatórias indiretamente violadoras da Quarta Emenda, a *USSC* deixou pontuado, desde sua positivação (no caso *Silverthorne Lumber Co. versus United States*¹⁶⁸), que violação a direito constitucional de pessoa criminalmente investigada não a imuniza de ser processada (e, eventualmente, condenada) com base em prova constitucionalmente obtida: valida-se, portanto, a *fonte probatória obtida independentemente* da violação (*independent source doctrine*)¹⁶⁹. Na decisão mais recente sobre o tema, *United States versus Murray*¹⁷⁰, a *USSC* validou os resultados probatórios do seguinte procedimento investigativo: fundados em elementos objetivos indicadores de tráfico de drogas, mas sem mandado judicial, agentes policiais invadiram depósito aparentemente desabitado, no qual encontraram grande quantidade de entorpecentes ilícitos; como nenhuma outra pessoa estava ali presente, os policiais deixaram tudo intocado e, comunicando ao Poder Judiciário apenas as informações que já possuíam antes da invasão ao depósito, obtiveram mandado judicial oito horas após; uma vez expedido o mandado, as drogas foram apreendidas e serviram de prova no posterior feito criminal, destacando a Suprema Corte que o Estado-Persecutor *i)* obteve o mandado judicial mediante o emprego exclusivo de elementos investigativos anteriores à violação domiciliar; e *ii)* demonstrou que muito provavelmente requeriria o mandado mesmo que não tivesse empreendido a busca inconstitucional¹⁷¹.

Em *Katz versus United States*¹⁷², a *USSC* proclamou a admissibilidade de intervenções do Estado-Persecutor, mesmo sem mandado judicial, em *expectativas*

¹⁶⁷ V. CAMMACK, Mark E. The United States: the rise and fall of the constitutional exclusionary rule, op. cit., p. 13-15.

¹⁶⁸ Referência jurisprudencial: 251 U.S. 385 (1920), especialmente p. 392.

¹⁶⁹ V. CAMMACK, Mark E. The United States: the rise and fall of the constitutional exclusionary rule, op. cit., p. 15-16. AMBOS, Kai. A teoria do efeito extensivo no Direito Processual Penal estadunidense e sua aplicação ao processo penal alemão, op. cit., p. 53-57.

¹⁷⁰ Referência jurisprudencial: 487 U.S. 533 (1988), citado e comentado em CAMMACK, Mark E. The United States: the rise and fall of the constitutional exclusionary rule, op. cit., p. 15-16.

¹⁷¹ Decisão muito semelhante havia sido tomada pela *U.S. Court of Appeals of the First Circuit* (equivalente a um “tribunal regional federal da primeira região”), em *United States versus Moscatiello*, 771 F.2d 589.

¹⁷² Referência jurisprudencial: 389 U.S. 347 (1967).

irrazoáveis de privacidade. Naquele precedente, a polícia, destituída de autorização judicial, captara, mediante a colocação de gravador na parte externa de cabine telefônica pública, conversa supostamente criminosa do cidadão Charles Katz, a qual fora posteriormente validada como prova incriminadora. Examinando o caso em última instância recursal, a *USSC* considerou que, naquelas circunstâncias, o investigado possuía expectativa razoável de privacidade e, assim, invalidou a prova¹⁷³. Tal precedente, entretanto, abriu ensejo para que, em cada caso de obtenção probatória destituída de autorização judicial, pudesse ser discutida a expectativa de privacidade ostentada pelo investigado¹⁷⁴. Com base na doutrina das expectativas irrazoáveis de privacidade, a *USSC* considerou válidas, sem necessidade de mandado judicial, as obtenções de: elementos incriminadores por informantes ou policiais infiltrados que finjam ser parceiros criminosos da pessoa investigada¹⁷⁵; números telefônicos discados por pessoa suspeita de roubo¹⁷⁶; imagens aéreas do quintal de pessoa investigada, captadas por avião¹⁷⁷ ou helicóptero¹⁷⁸; monitoramento eletrônico de automóvel em vias públicas¹⁷⁹ (sendo inadmissível, entretanto, que tal monitoramento, sem mandado judicial, invada o ingresso¹⁸⁰ ou a permanência¹⁸¹ domiciliares); prisões em flagrante, em perseguição policial ou para evitar a fuga de pessoa objetivamente suspeita, consideradas circunstâncias impositivas de imediata atuação policial (*exigent circumstances*)¹⁸²; busca consentida por pessoa afetada¹⁸³, ou em automóvel na via pública¹⁸⁴, ou decorrente de legítima atuação policial administrativa, na qual não se procurava elemento investigativo, encontrado fortuitamente¹⁸⁵.

¹⁷³ Cf. SAMAHA, Joel. *Criminal procedure*, op. cit., p. 48-60.

¹⁷⁴ V. CAMMACK, Mark E. The United States: the rise and fall of the constitutional exclusionary rule, op. cit., p. 5-8, onde constam os precedentes citados no parágrafo sob leitura.

¹⁷⁵ Caso *United States versus White*, 401 U.S. 745 (1971).

¹⁷⁶ Caso *Smith versus Maryland*, 442 U.S. 745 (1979).

¹⁷⁷ Caso *California versus Ciraolo*, 476 U.S. 207 (1986).

¹⁷⁸ Precedente *Florida versus Riley*, 488 U.S. 445 (1989).

¹⁷⁹ Precedente *United States versus Knotts*, 460 U.S. 276 (1983).

¹⁸⁰ Caso *United States versus Karo*, 468 U.S. 705 (1985).

¹⁸¹ Precedente *Kyllo versus United States*, 533 U.S. 27 (2001).

¹⁸² Precedentes citados por SAMAHA, Joel. *Criminal procedure*, op. cit., p. 151-152: a possibilidade de imediata atuação policial, sem mandado de busca, é afirmada em *Warden versus Hayden* (387 U.S. 294, 1967), quanto à prisão em flagrante, à perseguição policial e à fuga de pessoa objetivamente suspeita. Em *Colorado versus Mendez* (Pacific Reporter, Segunda Série, nº 986, p. 285, j. 1999), a Suprema Corte de Justiça do Colorado também admitiu a intervenção policial no domicílio, sem mandado judicial, para a hipótese de se evitar a destruição de prova.

¹⁸³ Caso *Schneckloth versus Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973).

¹⁸⁴ Precedente *California versus Acevedo* 500 U.S. 565 (1991).

¹⁸⁵ Caso *South Dakota v. Opperman*, 428 U.S. 364 (1976).

Os casos *Nardone versus United States*¹⁸⁶ e *Wong Sun versus United States*¹⁸⁷, julgados respectivamente em 1939 e 1963, pela *US Supreme Court*, constituem a origem remota da ideia de *atenuação da ilegalidade ou abuso cometidos pelo Estado-Persecutor*, até sua dissipação (*attenuation doctrine* ou “*the dissipation of the taint approach*”, também chamada “*purged taint exception*”)¹⁸⁸. Em *Nardone*, a *USSC* reverteu a condenação do acusado, mas deixou lateralmente consignado que, se o vínculo entre a ilegalidade ou abuso investigativos for muito atenuado (pela distância temporal, por relativa autonomia causal ou por outro fator relevante), não seria razoável a exclusão probatória. Em *Wong Sun*, o acusado, outrora preso ilegalmente, dias depois retornara livremente ao distrito policial e, voluntariamente, renovara suas declarações sobre o crime então investigado; a *USSC*, citando o precedente *Nardone*, afirmou, então, que o vínculo entre a ilegalidade da prisão e o voluntário segundo depoimento era tão atenuado que o vício deveria ser considerado dissipado – teria ocorrido atenuação temporal e causal. Tempos depois, no caso *Brown versus Illinois*¹⁸⁹, afirmou-se a admissibilidade probatória das declarações do imputado logo após sua prisão ilegal, desde que, antes do depoimento, lhe fossem expressamente esclarecidos seus direitos defensivos (“advertência Miranda”) – seria o caso de atenuação causal. Em 1978, julgando *United States versus Ceccolini*¹⁹⁰, a *USSC* validou o depoimento de testemunhas, consideradas confiáveis, cuja existência e identidade haviam sido obtidas ilicitamente, mediante busca e apreensão ilícita, as quais, posteriormente, foram ouvidas em juízo, sob contraditório e manifestando pleno interesse em colaborar com o esclarecimento do caso – seria mais um caso de atenuação causal. Recentemente, em 2006, no precedente *Hudson versus Michigan*¹⁹¹, a *USSC* examinou a consequência, para o Direito Probatório, da violação à garantia legal denominada “*knock and announce*”, segundo a qual o Estado-Persecutor, no cumprimento de mandados de busca ou apreensão domiciliares, devem bater à porta e se anunciarem, somente podendo entrar coercitivamente se não lhes for franqueado o ingresso; o tribunal, entendendo que o

¹⁸⁶ Referência jurisprudencial: 308 U.S. 338 (1939).

¹⁸⁷ Referência jurisprudencial: 371 U.S. 471 (1963).

¹⁸⁸ V. CAMMACK, Mark E. *The United States: the rise and fall of the constitutional exclusionary rule*, op. cit., p. 17-18, onde constam os precedentes citados no parágrafo sob leitura, ressalvada expressa referência a outra fonte.

¹⁸⁹ Referência jurisprudencial: 422 U.S. 590 (1975); a principal passagem se encontra no voto concordante do Justice Powell.

¹⁹⁰ Referência jurisprudencial: 435 US 268 (1978); caso citado e comentado por AMBOS, Kai. *A teoria do efeito extensivo no Direito Processual Penal*, op. cit., p. 75-77.

¹⁹¹ Referência jurisprudencial: 547 U.S. 586 (2006).

interesse protegido pela garantia (sobretudo a tranquilidade domiciliar) não seria proporcionalmente servido pela exclusão das provas eventualmente colhidas no cumprimento do respectivo mandado, julgou inaplicável a *exclusionary rule* para as violações ao “*knock and announce*” – seria o caso de atenuação pela proporcionalidade¹⁹².

Como dito acima, em 1966, no exame do caso *Miranda versus Arizona*¹⁹³, a *Supreme Court* estabeleceu que o direito de o imputado não se autoincriminar, previsto na Quinta Emenda, imporia, como imperativo constitucional, a exclusão das declarações a ele desfavoráveis obtidas durante sua custódia estatal, a não ser que tal imputado tivesse sido previamente alertado sobre o mencionado direito e dele tivesse voluntariamente aberto mão – tal alerta prévio ficou conhecido como “advertência Miranda” (“*Miranda warnings*”)¹⁹⁴. Todavia, a partir de 1971, com o julgamento do caso *Harris versus New York*¹⁹⁵, a Suprema Corte passou a restringir o âmbito protetivo de tal exclusão probatória¹⁹⁶. Em *Harris*, o tribunal decidiu que as declarações de pessoa presa, obtidas sem a “advertência Miranda”, poderiam ser usadas em retorsão (*cross-examination*), para contestar mentiras do acusado perante os jurados (*defendent impeachment*). Em *New York versus Quarles*¹⁹⁷, a *USSC* deixou consignada a inexigibilidade da “advertência Miranda”, inclusive para fins probatórios, quando houvesse necessidade emergente de se resguardar a segurança pública (naquele caso, impunha-se a imediata descoberta da arma de fogo escondida por pessoa abordada sob a suspeita de estupro recém-ocorrido). Em *Oregon versus Elstad*¹⁹⁸, o tribunal validou declarações do imputado inicialmente feitas sem a “advertência Miranda”, uma vez que inteiramente reafirmadas após o esclarecimento àquele sobre todos os seus direitos defensivos¹⁹⁹. No

¹⁹² V. CAMMACK, Mark E. *The United States: the rise and fall of the constitutional exclusionary rule*, op. cit., p. 17.

¹⁹³ Referência jurisprudencial: 348 U.S. 436 (1966).

¹⁹⁴ Cf. DEL CARMEN, Rolando V. *Criminal procedure*, op. cit., p. 337-379.

¹⁹⁵ Referência jurisprudencial: 401 U.S. 222 (1971).

¹⁹⁶ V. CAMMACK, Mark E. *The United States: the rise and fall of the constitutional exclusionary rule*, op. cit., p. 24-28, fonte dos precedentes citados no parágrafo sob leitura.

¹⁹⁷ Referência jurisprudencial: 467 U.S. 649 (1984).

¹⁹⁸ Referência jurisprudencial: 470 U.S. 298 (1985).

¹⁹⁹ Entretanto, em *Missouri versus Seibert*, 542 U.S. 600 (2004), a *USSC* ressaltou que o precedente *Oregon versus Elstad* não poderia ser pervertido na elaboração de interrogatório policial propositalmente bipartido, no qual primeiro se obtivessem informações da pessoa presa (sob deliberada ausência da “advertência Miranda”) e, em seguida, após se alertar o preso de todos os seus direitos defensivos, fosse o imputado novamente inquirido sobre os mesmos fatos. V. DEL CARMEN, Rolando V. *Criminal procedure*, op. cit., p. 367-369 e 372.

ano 2000, julgando *Dickerson versus United States*²⁰⁰, a Suprema Corte reafirmou, a um só tempo, tanto a validade genérica da “advertência Miranda” quanto as mitigações até então reconhecidas. Em 2004, no caso *United States versus Patane*²⁰¹, o tribunal deixou expresso que a doutrina dos frutos da árvore venenosa não se aplicavam à ausência, ainda que proposital, da “advertência Miranda”: foi validada a descoberta domiciliar de arma de fogo, através de revelação feita por preso em flagrante que não fora expressamente alertado sobre seus direitos defensivos; considerou-se que eventual falha policial quanto a tal alerta não contaminaria sua decorrência (apreensão da arma). Atualmente, a exclusão probatória decorrente da omissão quanto à “advertência Miranda” permanece válida para as declarações do imputado sob custódia estatal, mas resta permeável a situações de emergência (p.e., envolvendo riscos aparentemente iminentes), necessária agilidade policial (p.e., revista pessoal em suspeitos), participação exclusivamente passiva do investigado (p.e., em reconhecimentos e identificações criminais), inviabilidade funcional (p.e., infiltração de policial em cela) e outras que a ponderação entre as normas jurídicas envolvidas (*balancing*) considere razoáveis²⁰².

Acima também foi dito que, em 1964, apreciando o caso *Massiah versus United States*²⁰³, a Suprema Corte decidiu que, após a formalização de procedimento criminal com imputações individualizadas, o direito a advogado, previsto na Sexta Emenda Constitucional, impõe, como imperativo constitucional, a exclusão das declarações incriminadoras obtidas do imputado involuntariamente desassistido de defensor técnico²⁰⁴. Como *Massiah* fora decidido dois anos antes de *Miranda*, chegou-se a supor que o alerta sobre os direitos defensivos imposto por esta decisão havia suplantado o enfoque utilizado naquela; entretanto, em 1977, julgando *Brewer versus Williams*²⁰⁵, a USSC veio a deixar claro que a “advertência Miranda” não bastava para a tomada das declarações de pessoa sob formal persecução e expressamente desejosa de ser acompanhada por advogado²⁰⁶. O

²⁰⁰ Referência jurisprudencial: 530 U.S. 428 (2000).

²⁰¹ Referência jurisprudencial: 542 U.S. 630 (2004).

²⁰² V. DEL CARMEN, Rolando V. *Criminal procedure*, op. cit., p. 372-377.

²⁰³ Referência jurisprudencial: 377 U.S. 201 (1964).

²⁰⁴ V. SAMAHA, Joel. *Criminal procedure*, op. cit., p. 278-279. CAMMACK, Mark E. The United States: the rise and fall of the constitutional exclusionary rule, op. cit., p. 29-31. Ambas as fontes dialogam com os precedentes citados no parágrafo sob leitura.

²⁰⁵ Referência jurisprudencial: 430 U.S. 387 (1977).

²⁰⁶ V. SAMAHA, Joel. *Criminal procedure*, op. cit., p. 278-279. CAMMACK, Mark E. The United States: the rise and fall of the constitutional exclusionary rule, op. cit., p. 29-31.

direito ao advogado foi, mais uma vez, reforçado em *Fellers versus United States*²⁰⁷, no qual a *USSC* pontuou que, uma vez iniciado procedimento criminal em face de pessoa específica, deveriam ser excluídas as declarações tomadas sem que lhe fosse garantido defensor técnico. Todavia, em *Michigan versus Harvey*²⁰⁸, julgado em 1990, e, recentemente, em 2009, em *Kansas versus Ventris*²⁰⁹, a *US Supreme Court* admitiu a utilização de declarações de pessoas já formalmente imputadas e involuntariamente desacompanhadas de advogado, para contestar mentiras dos acusados perante o júri (*defendent impeachment*); em *Harvey*, o imputado fora convencido, pelo agente policial que posteriormente veio a depor em juízo, sobre a “desnecessidade” de defensor técnico e, em *Ventris*, fora permitido o testemunho, ao júri, de informante da polícia, que outrora se apresentara ao imputado, quando estava provisoriamente preso, como mero companheiro de cela; o direito ao advogado e o precedente *Massiah* foram expressamente abordados em *Harvey* e em *Ventris*, mas se considerou desproporcional a exclusão da prova, quando esta fosse usada exclusivamente para minar a credibilidade do imputado, durante o *cross examination* pela acusação. Também em 2009, a Suprema Corte julgou *Montejo versus Louisiana*²¹⁰, no qual validou, para todos os fins, a renúncia, pelo imputado, de seu direito a defensor técnico durante inquirições policiais: pouco após ter sido ouvido em audiência judicial preliminar, na qual fora acusado de homicídio e recebera defensor dativo, Jesse Montejo, provisoriamente preso, foi interpelado por dois agentes policiais, os quais, após lhe alertarem protocolarmente sobre seus direitos defensivos (“advertência Miranda”), convidaram-no para, sem o advogado, acompanhá-los em percurso destinado a encontrar a arma do crime; o imputado concordou com a proposta e, durante tal percurso, redigiu carta à viúva da vítima, na qual admitia sua autoria criminosa e rogava o perdão; tal carta veio a ser utilizada como prova do homicídio, o que, junto com outros elementos, resultou na condenação de Montejo à pena de morte; ao exame da Suprema Corte, em decisão majoritária e muito polêmica, a coleta probatória fora plenamente válida e seu resultado admissível em juízo.

Em 1974, julgando *United States versus Calandra*²¹¹, a *USSC* validou o

²⁰⁷ Referência jurisprudencial: 540 U.S. 519 (2004).

²⁰⁸ Referência jurisprudencial: 494 U.S. 344 (1990).

²⁰⁹ Referência jurisprudencial: 556 U.S. 586 (2009).

²¹⁰ Referência jurisprudencial: 556 U.S. 778 (2009).

²¹¹ Referência jurisprudencial: 414 U.S. 338 (1974).

uso colateral de provas ilícitas (*collateral use exception*), em procedimentos diversos do feito principal, tais como audiências preliminares, de formalização da acusação (*indictment*), para a concessão de fiança e *habeas corpus*²¹². Decidiu-se, então, que a *exclusionary rule* era dirigida à inutilizabilidade de provas perante os julgadores do mérito fático da causa (componentes do *petit jury*, ou pequeno júri), como forma de dissuasão de más condutas persecutórias, não propriamente um direito fundamental dos imputados.

No caso *Nix versus Williams*²¹³, a *USSC* validou provas obtidas indevidamente, as quais, entretanto, muito provavelmente viriam a ser depois descobertas, através de métodos investigativos regulares. Naquele feito, Robert Williams, suspeito de haver matado brutalmente uma menina de dez anos, fora interrogado ilegalmente e, assim, levava a polícia a encontrar o cadáver da vítima. Tal achado, em princípio, seria um inadmissível fruto de árvore venenosa. Entretanto, ficou demonstrado que fora organizada equipe de buscas para encontrar, com ou sem vida, a criança desaparecida, e, no momento do achado policial, tal equipe já estava na trilha correta, a pouca distância do corpo procurado. Por entender que a prova seria inevitavelmente (ou muito provavelmente) encontrada de forma lícita (*inevitable discovery*), a *USSC* a considerou admissível²¹⁴. E acrescentou: se a ilegalidade ou o abuso não podem colocar o Estado-Persecutor em situação melhor que antes de sua prática, tampouco seria razoável colocá-lo em situação pior, o que ocorreria se as descobertas inevitáveis (ou muito prováveis) fossem excluídas por conta da má conduta persecutória²¹⁵.

Outra recente (e muito polêmica) mitigação da *exclusionary rule* decorre da ponderação entre, de um lado, a boa-fé do agente responsável pela coleta probatória (no sentido de desejar cumprir os requisitos constitucionais), e, de outro lado, o prejuízo social causado pela inadequada reconstrução fática²¹⁶. Em *United States versus Leon*²¹⁷, a *USSC*

²¹² Cf. SAMAHA, Joel. *Criminal procedure*, op. cit., p. 343.

²¹³ Referência jurisprudencial: 467 U.S. 431 (1984).

²¹⁴ Cf. AMBOS, Kai. A teoria do efeito extensivo no Direito Processual Penal estadunidense e sua aplicação ao processo penal alemão, op. cit., p. 57-65.

²¹⁵ V., no precedente citado (467 U.S. 431), especialmente a p. 444. Cf. tb. SAMAHA, Joel. *Criminal procedure*, op. cit., p. 345.

²¹⁶ Julgando o recente caso *Hering versus United States*, 555 U.S. 135 (2009), o voto vencedor do Chief Justice Roberts afirma que, nos casos de boa-fé do investigador, “diante do enorme custo social de permitir a absolvição de comprovados criminosos, a exclusão probatória não se sustenta”.

²¹⁷ Referência jurisprudencial: 468 U.S. 897 (1984).

validou os resultados probatórios de apreensão policial executada com base em mandado judicial que, tempos depois, veio a ser declarado inválido: considerou-se que os fins dissuasórios da exclusão probatória em nada seriam alcançados pela punição ao Estado-Persecutor por erro do Estado-Juiz (a despeito de ambos a serem manifestações da mesma pessoa jurídica)²¹⁸. No mesmo dia em que julgara o caso *Leon*, a *USSC* decidiu *Massachusetts versus Shepherd*²¹⁹, no qual validou apreensão policial autorizada por mandado judicial que não descrevera os itens sujeitos a serem apreendidos. Em *Illinois versus Krull*²²⁰, a *USSC* validou os resultados probatórios de apreensão administrativa desamparada de mandado judicial, apenas autorizada por lei estadual que, tempos depois, veio a ser declarada inconstitucional – considerou-se que os fins dissuasórios da exclusão probatória não seriam alcançados pela punição ao Estado-Persecutor por erro do Estado-Legislator. Em *Arizona versus Evans*²²¹, a Suprema Corte validou os resultados probatórios decorrentes de encarceramento efetuado com base em informação incorretamente passada pelo sistema informático do Poder Judiciário, segundo o qual teria sido expedido o correspondente mandado de prisão. Por fim, em 2009, no polêmico²²² julgamento de *Herring versus United States*²²³, a *USSC* chegou ao máximo grau de enfraquecimento da exclusão probatória: validou os resultados probatórios decorrentes de abordagem policial efetuada com base em mandado judicial de prisão, na verdade inexistente, incorretamente registrado no sistema informático da própria corporação policial, sob o argumento de que não seria proporcional excluir o trabalho dos agentes responsáveis pela coleta probatória como forma de punição ou dissuasão à falta de cuidado atribuível a terceiros, ainda que estes fossem também integrantes da mesma categoria policial.

Tais precedentes, além da força vinculante derivada do *stare decisis*, exercem grande influência na redação das normas federais estadunidenses sobre prova e

²¹⁸ V. CAMMACK, Mark E. The United States: the rise and fall of the constitutional exclusionary rule, op. cit., p. 19-20, onde se tomou ciência dos precedentes narrados no parágrafo sob leitura.

²¹⁹ Referência jurisprudencial: 468 U.S. 981 (1984).

²²⁰ Referência jurisprudencial: 480 U.S. 340 (1987).

²²¹ Referência jurisprudencial: 514 U.S. 1 (1995).

²²² V. crítica em CAMMACK, Mark E. The United States: the rise and fall of the constitutional exclusionary rule, op. cit., p. 31-32.

²²³ Referência jurisprudencial: 555 U.S. 135 (2009).

nos diversos diplomas estaduais congêneres nos EUA²²⁴. Segundo os autores consultados²²⁵, é bastante provável que a jurisprudência estadunidense prossiga no sentido da manutenção geral das exclusões probatórias, mas também se demonstre muito permeável à ponderação (*balancing*) entre as normas jurídicas conflitantes em cada caso, que quase sempre colocam em um prato da balança o grau de civilidade autoimposto pelo Estado (aqui manifestado pelos direitos fundamentais dos imputados e efetivado pela exclusão probatória) e, no outro prato, a eficiência reconstitutiva desejada para as investigações criminais (reforçada pelas admissões probatórias em condições não ideais).

2.2. Investigação criminal, proibições de prova e proporcionalidade na Alemanha

Sendo exemplo notório de sistema de *civil law*, o ordenamento jurídico da Alemanha tem matriz fortemente legislada. Seu Direito Processual, nele incluído todo o Direito Probatório, é objeto de normas privativamente federais, com destaque para os direitos fundamentais expressos na Lei Fundamental (*Grundgesetz* ou *GG*, promulgada em 1949) e, no âmbito criminal, para a Ordenação Processual Penal (*Strafprozessordnung* ou *StPO*, editada em 1877 e, após inúmeras reformas, vigente até hoje). Embora não existam códigos processuais estaduais, eventuais particularidades previstas nas Constituições dos Estados-Membros, assim como a competência legislativa concorrente sobre o denominado Direito Policial (disciplinador, entre outros pontos, da organização e funcionamento das atividades de policiamento preventivo, repressivo e investigativo), podem causar reflexo na investigação criminal e na coleta probatória²²⁶.

²²⁴ Cf. BRENNER, Susan W. Constitutional rights and new technologies in the United States, op cit., p. 225-230.

²²⁵ Cf. CAMMACK, Mark E. The United States: the rise and fall of the constitutional exclusionary rule, op. cit., p. 31-32. DEL CARMEN, Rolando V. *Criminal procedure*, op. cit., p. 114-118. SAMAHA, Joel. *Criminal procedure*, op. cit., p. 351-353. AMBOS, Kai. A teoria do efeito extensivo no Direito Processual Penal estadunidense e sua aplicação ao processo penal alemão, op. cit., p. 86-87. ARMENTA DEU, Teresa. La verdad en el filo de la navaja, op. cit., 298-300. BRENNER, Susan W. Constitutional rights and new technologies in the United States, op cit., p. 260-264. Essa última autora critica que a atual jurisprudência estadunidense torna praticamente impossível que o cidadão, atingido por decisão judicial autorizadora, coloque material físico (papeis, mídia eletrônica etc.) inacessível ao Estado-Persecutor, o que é problemático do ponto de vista da teoria democrática.

²²⁶ V. GÖTZ, Volkmar. *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*. 15 ed. Munique: C.H. Beck, 2013, p. 12-19 e 205-211. SCHENKE, Wolf-Rüdiger. *Polizei- und Ordnungsrecht*. 8 ed. Heidelberg: C.F. Müller,

Em matéria criminal, a corte máxima é, geralmente, o Tribunal Superior da Justiça Alemã (*Bundesgerichtshof* ou *BGH*), precipuamente competente para a aplicação uniforme das leis penais e processuais penais; entretanto, ocorre excepcionalmente de o Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht* ou *BVerfG*) examinar questões criminais, sob a forma de controle de constitucionalidade²²⁷. A jurisprudência representa, na Alemanha, papel menos proeminente que nos EUA, uma vez que os precedentes judiciais não são vinculantes, com exceção de decisões do *BverfG*; ainda assim, é grande a tendência dos juízos e tribunais inferiores no sentido de se orientarem pelos julgados dos órgãos superiores²²⁸.

No que influencia diretamente o Direito Probatório, o processo penal alemão apresenta três traços que o diferenciam fortemente do congênere estadunidense: *i*) não há, na Alemanha, julgamentos por júri (embora vigore a oralidade e a participação coadjuvante de juízes leigos)²²⁹; *ii*) os julgadores alemães (togados e leigos) têm o dever legal de buscar ativamente a reconstrução fática da causa, de modo que o processo ostenta fortes tons de inquisitividade e de busca da “verdade real” ou “material”²³⁰; e *iii*) confia-se muito na capacidade de os julgadores alemães (togados e leigos) não se impressionarem indevidamente por informações parcialmente contaminadas (p.e., “testemunhas de ouvir dizer” e elementos indiretamente derivados de ilicitudes)²³¹.

Ademais, adiante-se que a exclusão probatória criminal tem *objetivos prioritários diferentes nos EUA e na Alemanha*. Para o Direito alemão (e, em menor medida, também para o Direito europeu continental em geral), visa prioritariamente à proteção dos direitos fundamentais (os quais, a seu turno, podem sofrer ponderações que

2013, p. 5-6 e 9-11.

²²⁷ Cf. MAURER, Hartmut. *Staatsrecht I: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen*. 5 ed. München: Verlag C. H. Beck, 2007, p. 623-684. WALTER, Tonio. Germany: contribution to the Preparatory Colloquium of the XVIII International Congress of Penal Law. In: *Revue Internationale de Droit Pénal*. v. 80, edição anual. Toulouse: Éditions Érès, 2009, p. 161-178 de CD-ROM anexo.

²²⁸ Cf. MAURER, Hartmut. *Staatsrecht I*, op. cit., p. 610-623.

²²⁹ V. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. 28. ed. Munique: C.H. Beck, 2014, p. 36-41 e 88.

²³⁰ Cf. § 244, 2, da *Strafprozessordnung*: “O órgão judicial, na pesquisa pela verdade, deve produzir, de ofício, todas as provas sobre fatos significativos para sua decisão”. V. tb. VOLK, Klaus; ENGLÄNDER, Armin. *Grundkurs StPO*. 8 ed. Munique: C. H. Beck, 2013, p. 230-232.

²³¹ ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*. 6 ed. Heidelberg: Müller, 2013, p. 95-99.

sejam consideradas proporcionais). Nos EUA, busca, em primeiro lugar, a disciplina do Estado-Persecutor, cuja correção na coleta probatória é fomentada, além de sanções penais e administrativas, pela ciência de que elementos cognitivos colhidos mediante ilegalidade não merecem valoração judicial contra a pessoa inicialmente investigada (o que, por outro lado, tira a exclusão probatória criminal da categoria de direito fundamental nos EUA – cuja Constituição, diversamente, por exemplo, da brasileira, não declara um “direito fundamental à inadmissibilidade ou exclusão da prova ilícita”)²³².

Na Alemanha, a primeira cogitação significativa sobre a imposição de limites à pesquisa probatória, para além dos abusos teratológicos, ocorreu pouco depois de sua manifestação nos EUA²³³: em conferência proferida e publicada em 1903, intitulada “As proibições de prova como limites à pesquisa da verdade no processo penal”, Ernst Beling, pioneiramente, defendeu que certas normas investigativas da Ordenação Processual Penal Alemã (*Strafprozessordnung, StPO*, de 1877), somente teriam efetividade se o resultado probatório de suas violações não pudesse ser valorado em desfavor de quem tais normas visavam proteger²³⁴.

Após protagonizar duas guerras mundiais, a segunda delas sob regência da ditadura nazista, em 1949 veio a ser promulgada a Lei Fundamental (*Grundgesetz* ou *GG*), que elevou à máxima hierarquia interna direitos como a dignidade humana, o livre desenvolvimento da personalidade, a inviolabilidade pessoal e domiciliar, a privacidade, entre vários outros, mas não dispôs explicitamente (e até hoje não o faz) sobre as consequências jurídico-probatórias da violação desses direitos. A *Strafprozessordnung*, que, ao tempo de Beling, igualmente nada dispunha sobre as consequências das violações

²³² ZONG, Yukun. Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren – Rechtsvergleichende Forschung im chinesischen, deutschen und US-amerikanischen Recht. In: *Strafrechtliche Forschungsarbeiten 2010-2011 des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht*. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Gesellschaft, 2012, p. 8-24, 37 e 78. GLESS, Sabine. Germany: balancing truth against protected constitutional interests. In: THAMAN, Stephen C. (org.). *Exclusionary rules in Comparative Law*, op. cit., p. 119-122. V., por outro lado, o art. 5º, LVI, da Constituição Brasileira: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

²³³ Cf. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*, obra já citada, p. 165 e 170. AMBOS, Kai; JULIÁN GUERRERO, Óscar (orgs.). Apresentação da obra *Las prohibiciones probatorias*. Bogotá: Temis, 2009, p. viii-ix. GLESS, Sabine. Germany: balancing truth against protected constitutional interests, op. cit., p. 114-115.

²³⁴ BELING, Ernst. Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal. Tradução de Óscar Julián Guerrero. In: AMBOS, Kai. JULIÁN GUERRERO, Óscar (orgs.). *Las prohibiciones probatorias*, op. cit., p. 3-56.

investigativas, possui atualmente poucas disposições expressas (e sempre pontuais) sobre o tema²³⁵. Mas a elaboração jurisprudencial alemã, fortemente apoiada na doutrina, conseguiu estabelecer um sistema de limitações probatórias.

O ordenamento jurídico-criminal alemão parte do princípio geral de liberdade investigativo-probatória. Assim dispõe o § 160, 4, da *Strafprozessordnung*: “Uma medida investigativa é inadmissível a partir do ponto em que a ela se oponham regulamentações legislativas federais ou estaduais”. Vale dizer: em princípio, seriam permitidas todas as medidas investigativas não proibidas nem diversamente regulamentadas por lei²³⁶.

Contudo, tal liberdade investigativo-probatória sofre duas grandes frentes limitadoras, ambas interrelacionadas: *i*) as proibições de prova²³⁷; e *ii*) a teoria dos direitos fundamentais, que, para a implementação de medidas investigativas especialmente invasivas, exige regulamentação legal suficientemente detalhada (e não simples “ausência de proibição”), além de outros requisitos (autorização judicial fundamentada e demonstração de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)²³⁸.

²³⁵ Entre as disposições pontuais, é interessante o § 57, 3, da *Reichstrafprozessordnung*, com a redação vigente antes da ascensão do nazismo, dispositivo que já estabelecia que “não seria tomado o juramento de pessoas suspeitas de coautoria, participação, favorecimento ou receptação no crime investigado ou julgado”, em versão inquisitória do *nemo tenetur se ipsum accusare* (“[Unbeeidigt sind zu vernehmen] 3. Personen, welche wegen der den Gegenstand der Untersuchung bildenden Tat als Teilnehmer, Begünstiger oder Hehler verdächtigt oder bereits verurteilt sind.”). Cf. WUTSCHER, Herbert. *Der Verdacht der Beteiligung an der Tat in § 57 Ziffer 3 RStPO*. Breslau-Neukirch: Alfred Kurtze (vorm. Verlag der Schletter'schen Buchhandlung), 1932, p. 2 e 47-50.

²³⁶ Cf. VOLK, Klaus; ENGLÄNDER, Armin. *Grundkurs StPO*. 8 ed. Munique: C. H. Beck, 2013, p. 23-26 e 55-58.

²³⁷ V. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 165-189. VOLK, Klaus; ENGLÄNDER, Armin. *Grundkurs StPO*, op. cit., p. 265-282. HELLMAN, Uwe. *Strafprozessrecht*. 2 ed. Heidelberg: Springer, 2006, p. 273-279. GLESS, Sabine. Germany: balancing truth against protected constitutional interests, op. cit., p. 113-142. AMBOS, Kai. Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán. In: AMBOS, Kai. JULIÁN GUERRERO, Óscar (orgs.). *Las prohibiciones probatorias*, op. cit., p. 57-149. O esforço classificatório dos próximos parágrafos se baseia no que há de consensual entre estas fontes, de onde também se tomou primeiro conhecimento sobre os precedentes judiciais a serem referidos, abrindo-se especiais notas de rodapé apenas para o que for particular a alguma das fontes ou a referência não elencada na presente nota.

²³⁸ V. HELLMAN, Uwe. *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 72-154. Especificamente quanto à exigência de proporcionalidade em sentido estrito há quem a entenda supérflua: v. SCHLINK, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlim: Duncker & Humboldt, 1976, p. 192-219: propõe-se modelo de ponderação fundado na análise da legalidade, justificação constitucional (com base no fim e no meio empregado pela lei interventiva nos direitos fundamentais; p. 203-207), adequação e necessidade (207-214), sem se valer da ideia de proporcionalidade em sentido estrito.

As proibições de prova (*Beweisverbote*) abarcam as proibições de obtenção de prova (*Beweiserhebungsverbote*) e as proibições de valoração e fundamentação judicial de prova (*Beweisverwertungsverbote*)²³⁹.

As proibições de obtenção de prova (*Beweiserhebungsverbote* ou *Beweisgewinnungsverbote*) são estabelecidas na lei (infraconstitucional²⁴⁰) e se relacionam diretamente com a investigação criminal. Elas impedem a pesquisa sobre determinados temas (p.e., a obtenção de antigos maus antecedentes já apagados por reabilitação criminal, ou de antecedentes sequer ainda existentes, por ausência de trânsito em julgado), mediante certos meios (p.e., coação indevida a testemunha impedida de depor, p.e. psicoterapeuta do acusado) e através de indevidos métodos ou técnicas probatórios ou investigativos (p.e., tortura)²⁴¹.

Pontue-se se, desde já, que, no Direito Processual Penal alemão, a desobediência a proibição de obtenção de prova não conduz automaticamente à proibição de valoração e fundamentação judicial da prova indevidamente obtida²⁴², menos ainda quanto à prova derivada desta²⁴³. E o inverso também é verdadeiro: nem toda proibição de valoração e fundamentação depende de prévia desobediência a proibição de obtenção

²³⁹ Roxin e Schünemann, em posição minoritária, consideram as inutilizabilidades (*Verwendungsverbote*) como categoria autônoma, enquanto as demais fontes consultadas tendem a inseri-las entre as proibições de valoração independentes. Cf. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 167 e 186-188.

²⁴⁰ A Lei Fundamental, no máximo, autoriza a lei ordinária a estabelecer mecanismos investigativos limitadores de direitos fundamentais (como acontece no art. 10, que deu ensejo à Lei sobre a Limitação do Sigilo das Correspondências) ou determina parâmetros para tais mecanismos (como se observa no art. 13, itens 3 e 5, que condiciona a escuta domiciliar, assim como a futura valoração judicial dos elementos captados, à regulamentação legal e à autorização judicial fundamentada). V. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 170.

²⁴¹ A essas três subespécies, apontadas consensualmente pelas fontes já citadas, Roxin e Schünemann acrescentam uma quarta, que denominam proibições relativas de obtenção de prova (*relative Beweiserhebungsverbote*), composta pelas pesquisas somente autorizáveis ou executáveis por pessoas legalmente determinadas: seria o caso dos exames corporais invasivos (p.e., extração coercitiva de sangue do imputado), os quais, nos termos do § 81a da *StPO*, só podem ser executados por médico e autorizados pelo juiz competente (ou, em casos de urgência impeditiva, pelo membro do Ministério Público ou, sucessivamente, pelo chefe de polícia oficiante na investigação). V. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 167-168.

²⁴² Trata-se de ponto pacífico na doutrina e jurisprudência da Alemanha, como se depreende das fontes alemãs já citadas e, por exemplo, da reclamação constitucional nº 1502/04, julgada pela Terceira Câmara do Segundo Senado do *Bundesverfassungsgericht* (BverfG, 2 BvR 1502/04): “Do direito a um processo justo não decorre necessariamente a vedação à valoração judicial de provas incorretamente obtidas”.

²⁴³ Referências jurisprudenciais do BGH: BGHSt 29, 244, 247; BGHSt 32, 68; BGHSt 34, 362; BGHSt 35, 32; BGHSt 32, 68; BGHSt 34, 362; BGHSt 35, 32; BGHSt 27, 355, 358; BGHSt 32, 68, 71; no BverfG: 2 BvR 2225/08.

probatória²⁴⁴.

Nesse sentido, as proibições de valoração e fundamentação judicial de prova (*Beweisverwertungsverbote*) são entendidas como independentes ou dependentes (*selbständige oder unselbständige Beweisverwertungsverbote*)²⁴⁵.

São doutrinariamente consideradas *independentes* (*selbständige Beweisverwertungsverbote*) as proibições de valoração e fundamentação que se impõem sem que se precise cogitar da desobediência a proibições de obtenção probatória.

Com efeito, há elementos cognitivos que não decorrem de qualquer ilegalidade, mas que, ainda assim, a *Strafprozessordnung* considera autonomamente inutilizáveis: é o que ocorre com as declarações autoincriminadoras do imputado (e eventual confissão) em fase análoga à da transação penal brasileira (*Verständigung*), caso, por qualquer motivo, não seja judicialmente homologado o acordo entre acusação, defesa e imputado (§ 257c, 4, terceira frase); também isso acontece quanto à inadmissibilidade do empréstimo probatório de dados sanguíneos ou corporais-celulares do imputado em feitos estranhos à específica causa penal em que foram *legitimamente* coletados (§ 81a).

Há, também, hipóteses de condicionamento à valoração e fundamentação probatórias, cuja desobediência impede autonomamente que estas ocorram. Na *Strafprozessordnung*, podem ser exemplificados: a necessidade de concordância do representante legal para o empréstimo probatório de exames médicos *legitimamente* executados em vítima ou testemunha incapaz, a serem usados em feitos estranhos à específica causa penal em que foram coletados (§ 81c, 3, quinta frase); o exigido exame de proporcionalidade para a escuta ambiental de conversa privada entre o imputado e seus familiares, ou entre o imputado e profissionais de sua confiança (§ 100c, 6, 2); as normas sobre a utilização, em outros feitos, de dados pessoais captados mediante escuta ambiental

²⁴⁴ Questão pacífica em todas as fontes alemãs consultadas, expressamente mencionada, por exemplo, em: GLESS, Sabine. Germany: balancing truth against protected constitutional interests, op. cit., p. 115-117. VOLK, Klaus; ENGLÄNDER, Armin. *Grundkurs StPO*, op. cit., p. 266.

²⁴⁵ A divisão entre proibições de valoração e fundamentação *dependentes* e *independentes* é adotada por todas as fontes alemãs acima citadas, com exceção de Roxin e Schünemann, que a abandonaram a partir da 27ª edição de seu *Strafverfahrensrecht* (obra já citada, p. 169), por considerarem-na pouco rigorosa, especialmente quando aplicada ao problema da prova emprestada.

domiciliar (§ 100d, 5); a necessidade de autorização da pessoa investigada para utilizar seus dados sigilosos em feitos estranhos à causa na qual foram *legitimamente* colhidos (§ 101, 8, terceira frase); a admissibilidade limitada de elementos fortuitamente encontrados durante busca e apreensão dirigida a profissionais de comunicação social, os quais somente podem ser valorados se referidos a crime diverso da violação de sigilo funcional e punível com privação de liberdade superior a cinco anos (§ 108, 3); a limitação da admissibilidade, em outros feitos, de elementos regularmente colhidos na investigação de crimes especialmente elencados (§ 161, 2, primeira frase, e § 477, 2, segunda frase)²⁴⁶. Há também exemplos dessas hipóteses além da *StPO*: o § 7, 4, da Lei sobre a Limitação do Sigilo das Correspondências²⁴⁷ estabelece requisitos para o compartilhamento de informações do Serviço Alemão de Inteligência (*Bundesnachrichtendienst*) com a atividade de persecução criminal; o § 97, 1, terceira frase, da Ordenação sobre Insolvência Civil (*Insolvenzordnung*), somente permite a valoração, no âmbito criminal, de elementos provenientes dos relatórios financeiros do devedor mediante a concordância deste; o § 393, 2, da Ordenação Tributária Alemã (*Abgabenordnung*), limita o emprego, no âmbito criminal, de elementos provenientes de auditorias fiscais a crimes tributários ou de grande interesse público; a Lei sobre os Documentos do Serviço de Segurança da antiga Alemanha Oriental (*Gesetz über die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik*) possui vários dispositivos limitadores do uso de referidos documentos em procedimentos criminais, embora aqueles tenham sido elaborados conforme o Direito vigente no correspondente contexto.

São *dependentes* (*unselbständige Beweisverwertungsverbote*) as proibições de valoração e fundamentação necessariamente correlatas à desobediência a

²⁴⁶ Pode-se desta maneira traduzir o § 161, 2, primeira frase, da *StPO*: “Caso, segundo esta lei, uma medida investigativa só for admissível diante da suspeita de crimes determinados [em rol taxativo ou exemplificativo], dados pessoais obtidos com base em medida equivalente autorizada por outra lei [não criminal] somente poderão ser utilizados como prova criminal, sem autorização da pessoa afetada pela medida, se esta for referentes ao esclarecimento de [suposto] crime incluído no rol autorizador”. A tradução do § 477, 2, segunda frase, é bastante parecida, ressaltando-se que o § 161, 2, primeira frase, cuida do *aproveitamento*, no âmbito dos fatos regidos pela *StPO*, de informações antes obtidas por autorização de outro diploma normativo, e o § 477, 2, segunda frase, trata da *transferência* de informação para fins de inteligência investigativa: “Caso, segundo esta lei, a obtenção investigativa de informação só for admissível diante da suspeita de crimes determinados [em rol taxativo ou exemplificativo], dados pessoais obtidos com base em medida já implementada somente poderão ser transferidos para utilização como prova criminal em outra causa, sem autorização da pessoa afetada pela medida, se esta for referentes ao esclarecimento de [suposto] crime incluído no rol autorizador”.

²⁴⁷ Trata-se de diploma regulamentador do art. 10 da Lei Fundamental, denominado *Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Artikel 10-Gesetz)*.

proibições de obtenção probatória. Manifestam-se de dois modos: por disposição legal expressa ou por reconhecimento doutrinário e jurisprudencial.

A *Strafprozessordnung* prevê poucos casos de disposições legais expressas e diretas a impedir que o julgador da causa valere ou se fundamente em prova colhida mediante abusos investigativos: é o que ocorre, por exemplo, com declarações puramente íntimas ou sobre a vida privada captadas por escutas domiciliares (§ 100c, 5, terceira frase); elementos fortuitamente encontrados durante busca e apreensão dirigida a médico, indicadores de prática abortiva criminosa por determinada paciente (§ 108, 2)²⁴⁸; depoimentos involuntários (§ 136a, 3)²⁴⁹; e diante de violação a determinadas imunidades profissionais (§ 160a, 1, segunda frase)²⁵⁰.

A jurisprudência, porém, reconhece hipóteses não legalmente expressas de imprescindibilidade da proibição de utilização, como única forma de dar sentido à correspondente proibição de produção, com apoio em duas principais colunas, ambas sujeitas ao mandamento da proporcionalidade: *i*) a ideia de Estado de Direito, que desautoriza ilegalidade e abusos investigativos; e *ii*) uma especial proteção à privacidade (intimidade e vida privada)²⁵¹. Embora, no Direito Processual Penal da Alemanha, a desobediência a proibição de obtenção de prova não conduza automaticamente à proibição de valoração e fundamentação judicial da prova indevidamente obtida²⁵², a jurisprudência daquele país conseguiu construir, através da ponderação entre eficiência investigativa e respeito aos direitos fundamentais, casos de inutilizabilidade probatória não legalmente expressos, a seguir exemplificados. Por outro lado, como se perceberá em cada exemplo, os próprios tribunais também elaboraram restrições à interpretação de seus precedentes

²⁴⁸ Pela redação do § 108, 2, da *StPO*, a prova fortuitamente encontrada não pode ser usada contra a paciente que buscou ajuda médica para abortar criminosamente, mas bem pode valer contra o médico.

²⁴⁹ Assim se pode traduzir o § 136a, 3, da *StPO*: “É proibida a valoração [como prova penal], ainda que sob concordância do imputado, dos depoimentos colhidos contra a sua liberdade declaratória, a qual não pode ser violada através de maus-tratos, imposição de cansaço, intervenção corporal, dispensa de drogas ou medicamentos, tortura, fraude, hipnose, coação, pressão de qualquer espécie, promessa de vantagem não legalmente prevista, tampouco por medidas que lhe prejudiquem a memória ou a compreensão.”

²⁵⁰ Deste modo dispõe o § 160a, 1, segunda frase, da *StPO*: “Não pode ser utilizado [como prova penal] o elemento cognitivo [proveniente de medida investigativa dirigida a devassar o segredo profissional dos sacerdotes e guias religiosos, advogados em geral e parlamentares dos variados âmbitos].”

²⁵¹ Cf. GLESS, Sabine. Germany: balancing truth against protected constitutional interests, op. cit., p. 119-122.

²⁵² Referência jurisprudencial, entre inúmeras análogas: BverfG, 2 BvR 1502/04 (“Do direito a um processo justo não decorre necessariamente a vedação à valoração judicial de provas incorretamente obtidas”).

quanto ao tema.

O § 136 da *StPO* determina que a primeira tomada de declarações do imputado necessariamente se inicie com o esclarecimento, pelo agente estatal executor da medida, sobre qual fato penal lhe é atribuído, quais as respectivas consequências legais, seu direito de somente se pronunciar caso (e quanto) deseje, seu direito de, a qualquer tempo (inclusive previamente ao interrogatório que está para começar), consultar-se com defensor de sua escolha, seu direito de requerer diligências investigativo-probatórias em sua defesa, assim como, em certos casos, seu direito de se manifestar por escrito e de dialogar com a suposta vítima. O § 243, 4, da *StPO* determina que o § 136 também se aplique ao interrogatório do acusado, já na audiência judicial principal. Nenhum dos dois dispositivos prevê as consequências jurídicas de sua desobediência. O *Bundesgerichtshof*, contudo, tem jurisprudência firme no sentido de que a única maneira de dar efetividade aos referidos direitos defensivos é pelo óbice à valoração de declarações colhidas sem a correspondente advertência²⁵³. Por outro lado, o próprio *BGH* admite a valoração de declarações colhidas após tal advertência, mesmo que, logo depois do interrogatório voluntariamente desassistido, o imputado se demonstre arrependido do que disse e deseje se consultar com advogado²⁵⁴. E chega a admitir a valoração de declarações colhidas sem a advertência, em caso no qual o imputado comprovadamente já conhecia seus direitos defensivos por conta de investigações criminais pregressas, tanto que, no interrogatório policial em que não se lhe fez a advertência, solicitou a assistência de advogado e com ele se consultou²⁵⁵. O *BGH* tende a não considerar exigível a advertência no âmbito de informantes e agentes infiltrados, uma vez que seria ínsito às correspondentes técnicas investigativas que tais pessoas não se apresentem aos investigados como agentes ligados à persecução de crimes²⁵⁶; entretanto, o tribunal não aceita que informantes e agentes infiltrados, sem específica autorização judicial para tanto, conduzam verdadeiro interrogatório com pessoa investigada, sem que esta o saiba²⁵⁷.

²⁵³ Referências jurisprudenciais: BGHSt 38, 214; BGHSt 39, 349; BGHSt 42, 15; BGHSt 51, 367; BGHSt 53, 112. Esta linha jurisprudencial é também reconhecida pelo *Bundesverfassungsgericht*: BVerfGE 38, 105, especialmente p. 113. V. MEYER-GOßNER, Lutz. *Strafprozessordnung*. 51ª ed. Munique: C. H. Beck, 2008, p. 569-570.

²⁵⁴ Referência jurisprudencial: BGHSt 42, 170.

²⁵⁵ Referência jurisprudencial: BGHSt 47, 172.

²⁵⁶ Referências jurisprudenciais: BGHSt 34, 362 e BGHSt 44, 129, decisões mencionadas e comentadas em GLESS, Sabine. Germany: balancing truth against protected constitutional interests, op. cit., p. 136-138.

²⁵⁷ Referência jurisprudencial: BGHSt 31, 304, decisão mencionada e comentada em GLESS, Sabine.

A proteção à privacidade (intimidade e vida privada)²⁵⁸ talvez seja o principal fundamento doutrinário e jurisprudencial, na Alemanha, para a construção de proibições de valoração e fundamentação *dependentes* não legalmente expressas. Em 1960, o *Bundesgerichtshof* impediu a valoração, como prova criminal de suposta indução a falso testemunho, de gravação secreta feita por um dos interlocutores²⁵⁹. Em 1964, o *BGH* obistou a valoração, como prova criminal de alegado falso testemunho, de anotações da acusada em diário particular²⁶⁰. A partir de 1973, o *Bundesverfassungsgericht* consagrou, em sua jurisprudência sobre a proteção da privacidade, a abordagem logo alcunhada de *doutrina das três esferas*.²⁶¹ A primeira esfera seria a da vida pública, na qual nenhuma expectativa de reserva subsiste: fotografias e filmagens poderiam ser livremente feitas, palavras abertamente faladas poderiam ser gravadas, movimentos e percursos poderiam ser registrados²⁶². A segunda esfera abrangeria atividades privadas praticadas em público, como é o caso de conversas pessoais em locais abertos, onde possam ser ouvidas por

Germany: balancing truth against protected constitutional interests, op. cit., p. 136-138.

²⁵⁸ A Lei Fundamental Alemã não reconhece expressamente os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, como cláusulas gerais. O *Bundesverfassungsgericht*, contudo, considera tais direitos decorrência direta do art. 2, item 1, da Lei Fundamental: “Todos têm direito ao *livre desenvolvimento de sua personalidade*, até o ponto em que não violem os direitos dos outros nem atentem contra a ordem constitucional ou moral” (grifou-se aqui). V. BVerfGE 65, 1, decisão citada e comentada em BRENNEISEN, Hartmut. BRENNEISEN, Julia (Herausgeber). *Rechtsprechung des BVerfG. Leitentscheidungen des BVerfG zu den Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und ihre Auswirkungen auf das hoheitliche Eingriffshandeln*. Münster: LIT Verlag, 2009, p. 24-35. Por outro lado, a Lei Fundamental protege expressamente a correspondência (art. 10) e o domicílio (art. 13), ainda que de modo não absoluto. V. BVerfGE 109, 279 e BVerfGE 115, 166, também citadas e comentadas por Hartmut e Julia Brenneisen, p. 36-80.

²⁵⁹ Referência jurisprudencial: BGHSt 14, 358. Neste caso, o acusado havia, na qualidade de advogado, formulado solicitações indevidas a terceira pessoa, a qual gravava secretamente a conversa. O *BGH*, posteriormente, veio a entender inadmissível o uso de tais gravações para fins probatórios criminais contrários ao acusado, “por violar seu direito à liberdade de expressão”. Decisão citada e comentada em GLESS, Sabine. Germany: balancing truth against protected constitutional interests, op. cit., p. 126; nesta fonte é também mencionado o outro precedente exemplificado no parágrafo sob leitura.

²⁶⁰ Referência jurisprudencial: BGHSt 19, 325. Neste caso, a acusada servira como testemunha em processo referente a suposto adultério de seu alegado ex-amante, negando ter tido com ele qualquer relacionamento. Todavia, o diário pessoal da acusada chegou às mãos da esposa de outro alegado ex-amante daquela, sendo logo encaminhado às autoridades e, posteriormente, utilizado para condenar a acusada por falso testemunho. O *BGH*, revertendo a condenação, entendeu inadmissível o uso do diário pessoal para fins probatórios criminais contrários à acusada, por violar o direito desta ao livre desenvolvimento de sua personalidade, previsto no art. 2, item 1, da Lei Fundamental.

²⁶¹ Referência jurisprudencial: BVerfGE 34, 238, especialmente p. 245-247. A decisão foi incorporada à jurisprudência do *BGH* (v., p.e., BGHSt 33, 217) e foi reafirmada pelo BVerfG, por exemplo, em BVerfGE 109, 279 (julgada em 03.03.2004). Cf. GLESS, Sabine. Germany: balancing truth against protected constitutional interests, op. cit., p. 119-122; nesta fonte são também mencionados os outros precedentes exemplificados no parágrafo sob leitura.

²⁶² O que não livra as investigações criminais de seguirem exigências legais, quando existentes: BGHSt 31, 304; BGHSt 31, 309; BGHSt 32, 68, 70. Cf. GLESS, Sabine. Germany: balancing truth against protected constitutional interests, op. cit., p. 119-122.

terceiros: a utilização de elementos captados em tal hipótese, sem prévia autorização judicial, deve ser submetida ao teste de proporcionalidade, no qual devem ser ponderados fatores como a gravidade concreta da acusação ou suspeita, o tema das informações captadas e seu grau de objetividade e utilidade investigativas²⁶³. A terceira esfera cuidaria de informações e manifestações íntimas, que iriam desde elementos absolutamente insuscetíveis de obtenção ou utilização probatória contrária ao interessado (p.e., registros em diários pessoais²⁶⁴ ou conversas de si para si no leito de hospital²⁶⁵) até outros passíveis de captação, mas sob intensa regulamentação e controle estatais sobre seu grau de invasividade (p.e., escutas domiciliares²⁶⁶).

A admissão de exceções às proibições de valoração e fundamentação já reconhecidas torna a jurisprudência alemã sobre o tema ainda mais instável e criticável²⁶⁷. Tais exceções seguem quatro principais linhas: *i*) a teoria do âmbito jurídico afetado; *ii*) a exigência de arguição tempestiva e fundamentada contra a violação; *iii*) a admissibilidade de provas indiretamente ilícitas; e *iv*) a análise sobre hipotético caminho investigativo viável.

A teoria do âmbito jurídico afetado (*Rechtskreisstheorie*), assemelhada à doutrina estadunidense da *legitimação* para o pleito de exclusão probatória (*standing doctrine*)²⁶⁸, atribui titularidade para se opor à valoração dos elementos investigativos indevidamente coletados exclusivamente à pessoa que, em tese, sofrera significativa lesão em direito seu. Como origem jurisprudencial de tal entendimento, aponta-se decisão proferida em 1958 pelo *Bundesgerichtshof*²⁶⁹: o § 55 da *StPO* dá direito à testemunha de se

²⁶³ Hipótese inspiradora do posterior § 100f da *StPO*, regulamentador da colocação secreta de equipamentos de captação audiovisual no exterior de domicílios. Cf. comentários em VOLK, Klaus; ENGLÄNDER, Armin. *Grundkurs StPO*, op. cit., p. 280-281.

²⁶⁴ Referência jurisprudencial: BVerfGE 80, 367. Cf. comentários em VOLK, Klaus; ENGLÄNDER, Armin. *Grundkurs StPO*, op. cit., p. 278-280.

²⁶⁵ Referência jurisprudencial: BGHSt 50, 206.

²⁶⁶ Referência jurisprudencial: BVerfGE 109, 279.

²⁶⁷ V. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 169-189. VOLK, Klaus; ENGLÄNDER, Armin. *Grundkurs StPO*, op. cit., p. 267-271. GLESS, Sabine. Germany: balancing truth against protected constitutional interests, op. cit., p. 122-123 e 133.

²⁶⁸ Cf. comparação entre as abordagens estadunidense e alemã em GLESS, Sabine. Germany: balancing truth against protected constitutional interests, op. cit., p. 122.

²⁶⁹ Referência jurisprudencial: BGHSt 11, 213. V. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 170-171. VOLK, Klaus; ENGLÄNDER, Armin. *Grundkurs StPO*, op. cit., p. 267-268. GLESS, Sabine. Germany: balancing truth against protected constitutional interests, op. cit., p. 122.

calar sobre ponto que possa fazer prova ou dar ensejo a persecução penal contrária a si ou a familiar seu, determinando-se expressamente que tal direito seja esclarecido à testemunha; no correspondente processo penal, certa testemunha não recebera tal esclarecimento e fizera várias afirmações contrárias a si mesma e também ao então acusado, sendo este condenado; o *BGH*, julgando o inconformismo desse último contra a falta do referido esclarecimento, consignou que os direitos conferidos pelo § 55 da *StPO* seriam da testemunha e não do imputado, de modo que este não poderia argui-lo em seu favor. Tal posicionamento não é pacífico na jurisprudência do *BGH*: foi reafirmado até 1992²⁷⁰, criticado e deixado de lado em decisão prolatada em 1996²⁷¹, e novamente utilizado em 2009²⁷².

Uma outra abordagem, eminentemente doutrinária, da teoria do âmbito jurídico afetado é a teoria da finalidade protetiva (*Schutzzwecktheorie*), segundo a qual a ponderação entre eficiência reconstrutiva e direitos do imputado deve examinar se fora ou não atendido o objetivo da norma eventualmente desobedecida. Roxin e Schünemann²⁷³, que consideram questionável a *Schutzzwecktheorie*, citam o exemplo do § 81d da *StPO*, que determina que exames corporais constrangedores sejam realizados por agente do mesmo sexo que a pessoa examinada (ou por médico): a finalidade de tal norma nada teria a ver com a qualidade da prova coletada, de modo que a mera exclusão desta não ajudaria à punição de eventual abuso nem à prevenção de outros abusos.

Tanto a teoria do âmbito jurídico afetado quanto a teoria da finalidade protetiva são muito criticadas²⁷⁴, especialmente por menosprezarem o interesse público insito ao respeito aos direitos fundamentais na atividade de coleta probatória. Há notícia de uma terceira possibilidade de abordagem, denominada teoria dos direitos de controle informacional (*Theorie der Informationsbeherrschungsrechte*), segundo a qual a proteção à

²⁷⁰ Referência jurisprudencial: BGHSt 38, 214, especialmente p. 220. V. VOLK, Klaus; ENGLÄNDER, Armin. *Grundkurs StPO*, op. cit., p. 268. MEYER-GÖBNER, Lutz. *Strafprozessordnung*. 51ª ed. Munique: C. H. Beck, 2008, p. 202-205.

²⁷¹ Referência jurisprudencial: BGHSt 42, 273.

²⁷² Referência jurisprudencial: BGHSt 53, 191. Volk e Engländer (*Grundkurs StPO*, op. cit., p. 268) comentam criticamente que, por esta decisão, o *BGH* ressuscitou a teoria do âmbito jurídico afetado (*Rechtskreistheorie*), a qual o próprio tribunal declarara morta em 1996.

²⁷³ V. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 171.

²⁷⁴ V. VOLK, Klaus; ENGLÄNDER, Armin. *Grundkurs StPO*, op. cit., p. 268. GLESS, Sabine. Germany: balancing truth against protected constitutional interests, op. cit., p. 122. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 171.

privatividade é objeto de interesse público, cujo controle judicial não deveria ficar sujeito a maiores óbices materiais ou processuais²⁷⁵; essa última abordagem, porém, não recebeu acolhida jurisprudencial²⁷⁶.

A jurisprudência do *BGH* também exige, para admitir o exame recursal de algumas hipóteses de violação investigativo-probatória, que a parte interessada o tenha tempestiva e fundamentadamente arguido até o fim da instrução, previsto no § 257 da *StPO* (*Widerspruchslösung*)²⁷⁷. Tal exigência, sob concordância do Tribunal Constitucional²⁷⁸, chegou a ser imposta para alegações de falta²⁷⁹ ou inadequada compreensão²⁸⁰ sobre a advertência quanto ao *nemo tenetur se detegere*, de inadequada documentação sobre busca e apreensão²⁸¹ e de ausência de auxílio consular ao imputado²⁸². Todavia, quanto à impugnação de depoimentos involuntários (§ 136a, 3)²⁸³, o *BGH* não mantém essa exigência²⁸⁴. Critica-se tal linha jurisprudencial pela excessiva relativização dos direitos defensivos, cuja arguição ficaria precocemente preclusa²⁸⁵.

A inicial admissibilidade de provas indiretamente ilícitas é muito cristalizada no Direito Processual Penal alemão, que tende a rejeitar quase completamente a teoria estadunidense do *fruto da árvore venenosa*, denominada pelos alemães efeito extensivo da ilicitude (*Fernwirkung*)²⁸⁶. Como o Direito Probatório alemão não prioriza a

²⁷⁵ GLESS, Sabine. Germany: balancing truth against protected constitutional interests, op. cit., p. 122. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 171.

²⁷⁶ V. HELLMAN, Uwe. *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 274-275.

²⁷⁷ Cf. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 175-177. GLESS, Sabine. Germany: balancing truth against protected constitutional interests, op. cit., p. 122. Nessas fontes constam os precedentes judiciais citados no parágrafo sob leitura.

²⁷⁸ Referências jurisprudenciais (ambas incidentais): BVerfGE 96, 44 e NJW 2007, 499.

²⁷⁹ Referências jurisprudenciais: BGHSt 38, 214; BGHSt 50, 272.

²⁸⁰ Referência jurisprudencial: BGHSt 39, 349.

²⁸¹ Referência jurisprudencial: BGH 1 StR 531/04, publicado em NJW 2005, 1060.

²⁸² Referência jurisprudencial: BGHSt 52, 38.

²⁸³ Assim se pode traduzir o § 136a, 3, da *StPO*: “É proibida a valoração [como prova penal], ainda que sob concordância do imputado, dos depoimentos colhidos contra a sua liberdade declaratória, a qual não pode ser violada através de maus-tratos, imposição de cansaço, intervenção corporal, dispensa de drogas ou medicamentos, tortura, fraude, hipnose, coação, pressão de qualquer espécie, promessa de vantagem não legalmente prevista, tampouco por medidas que lhe prejudiquem a memória ou a compreensão.”

²⁸⁴ Referência jurisprudencial: BGH StR 445/95, j. 20.12.1995.

²⁸⁵ V. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 175-177. GLESS, Sabine. Germany: balancing truth against protected constitutional interests, op. cit., p. 122. A favor desse modelo de preclusão: CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno – contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 360-363.

²⁸⁶ V. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 186-188. VOLK, Klaus; ENGLÄNDER, Armin. *Grundkurs StPO*, op. cit., p. 281-282. HELLMAN, Uwe. *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 278. GLESS, Sabine. Germany: balancing truth against protected constitutional interests, op. cit.,

dissuasão da má conduta policial, a ponderação entre a eficiência investigativa e as violações indiretas se inclina quase sempre em favor da primeira, salvo situações excepcionais, nas quais, por exemplo, a violação tenha sido extraordinariamente grave ou os fatos investigados sejam desproporcionalmente leves²⁸⁷. O *Bundesgerichtshof* já admitiu a valoração de elementos indiretamente derivados de violações ao *nemo tenetur se detegere*²⁸⁸; à privacidade das telecomunicações²⁸⁹; ao controle judicial de medidas invasivas²⁹⁰. Até mesmo o Tribunal Constitucional Alemão admite provas indiretamente ilícitas²⁹¹. Essa exagerada liberdade à ação investigativa chegou à admissibilidade de elementos indiretamente provenientes de ameaça policial a investigado²⁹², decisão que recebeu censura do Tribunal Europeu de Direito Humanos e ensejou a condenação pecuniária da Alemanha²⁹³.

Finalizando-se as principais exceções jurisprudenciais às proibições de valoração e fundamentação, tem-se a análise sobre hipotético caminho investigativo viável (*hypothetischer Ermittlungsverlauf*) ou alternativo (*Ersatzeingriffe*). Sua primeira abordagem guarda alguma semelhança com a doutrina americana da *inevitable discovery*: merecem ser valoradas provas obtidas indevidamente, as quais, entretanto, muito provavelmente viriam a ser depois descobertas, através de métodos investigativos regulares²⁹⁴. Com base em uma segunda abordagem (talvez a mais questionável das exceções aqui comentadas), o *Bundesgerichtshof* diferencia as coletas ou produções probatórias juridicamente possíveis e as juridicamente impossíveis; quanto às juridicamente impossíveis (p.e., interrogatório mediante tortura), a prova deve ser absolutamente excluída; quanto às juridicamente possíveis, sua valoração poderá ocorrer sob o crivo da

p. 128-129. AMBOS, Kai. A teoria do efeito extensivo no Direito Processual Penal estadunidense e sua aplicação ao processo penal alemão, op. cit., p. 47-49.

²⁸⁷ Sabine Gless (Germany: balancing truth against protected constitutional interests, op. cit., p. 128-129) cita, como exemplo dessa desproporcionalidade o precedente publicado em BGHSt 29, 244, no qual o *BGH* considerou especialmente grave a violação ao segredo de fonte jornalística e invalidou as provas dela direta e indiretamente decorrentes.

²⁸⁸ Referência jurisprudencial: BGHSt 34, 362.

²⁸⁹ Referência jurisprudencial: BGHSt 32, 68.

²⁹⁰ Referência jurisprudencial: BGHSt 35, 32.

²⁹¹ Referência jurisprudencial: BverfG 2 BvR 2225/08, j. 02.07.2009, pub. NJW 2009, 3225.

²⁹² Referência jurisprudencial: NJW 2005, 656.

²⁹³ Referência jurisprudencial: Caso *Gäfgen versus Germany* (2009), 48 E.H.R.R. 13, 253. V., logo abaixo, precedentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos contrários aos excessos alemães.

²⁹⁴ Afirmando tal semelhança, GLESS, Sabine. Germany: balancing truth against protected constitutional interests, op. cit., p. 123. V. tb. VOLK, Klaus; ENGLÄNDER, Armin. *Grundkurs StPO*, op. cit., p. 270-271.

proporcionalidade, ainda que se trate de provas indevidamente coletadas ou produzidas. O fundamento dessa segunda abordagem seria a consideração de que o modo legalmente permitido para tal coleta ou produção fora desatendido por falhas técnico-jurídicas, as quais, dependendo de sua intensidade, não deveriam ter força para impedir a valoração dos elementos obtidos ou produzidos²⁹⁵. Assim, o *BGH* validou, contra dispositivos expressos da *StPO*: a extração sanguínea feita por auxiliar clínico (quando o § 81a da *StPO* exige a atuação de médico)²⁹⁶; medidas investigativas autorizadas por incompetente juiz de garantias²⁹⁷; interceptação telefônica incorretamente autorizada²⁹⁸; busca e apreensão domiciliar mediante controle judicial indevidamente postergado, sob irrazoável alegação de urgência (o § 105 da *StPO* permite que, havendo urgência que impossibilite o prévio controle judicial, podem o Ministério Público ou a polícia, mediante fundamentação nos autos investigativos, executarem busca e apreensão domiciliar)²⁹⁹. Por outro lado, considerando intensamente grave a falha técnico-jurídica, o *BGH* invalidou a prova resultante de busca e apreensão domiciliar mediante ordem judicial indevidamente postergada, sob alegação de urgência manifestamente incabível³⁰⁰. Essa linha jurisprudencial tem sido especial alvo de crítica doutrinária³⁰¹, pois significa a quase desconsideração, pelo Direito Probatório, das ilegalidades, irrregularidades e abusos praticados durante a investigação criminal, os quais ficariam prioritariamente deixados sob o controle de outros mecanismos de prevenção, como a imposição de sanções disciplinares, cíveis e criminais aos maus agentes investigadores.

Concluindo-se esta passagem pelo Direito Probatório alemão, fica a impressão de que a abordagem jurisprudencial ponderadora entre eficiência investigativa e direitos fundamentais tem causado inevitável insegurança jurídica quanto aos alcances desses últimos, que tendem a ser desprestigiados em casos de grande comoção pública, real ou potencial³⁰². Ressaltem-se, porém, três fortes contrapesos da realidade alemã: a grande

²⁹⁵ Cf. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 171-172. VOLK, Klaus; ENGLÄNDER, Armin. *Grundkurs StPO*, op. cit., p. 270-271.

²⁹⁶ Referência jurisprudencial: BGHSt 24, 125.

²⁹⁷ Referência jurisprudencial: BGHSt 36, 119.

²⁹⁸ Referência jurisprudencial: BGHSt 48, 240.

²⁹⁹ Referência jurisprudencial: BGH 1 StR 455/03, j. 18.11.2003, pub. NStZ 2004, 449.

³⁰⁰ Referência jurisprudencial: BGHSt 51, 285.

³⁰¹ V. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 171-172. GLESS, Sabine. Germany: balancing truth against protected constitutional interests, op. cit., p. 122. VOLK, Klaus; ENGLÄNDER, Armin. *Grundkurs StPO*, op. cit., p. 270-271.

³⁰² V. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 169-186. GLESS, Sabine.

efetividade daquele Estado quanto à prestação de todos os direitos sociais³⁰³; sua seriedade na imposição de duras sanções disciplinares, cíveis e até criminais aos agentes que, exercendo atividades investigativas, cometem ilegalidades e abusos³⁰⁴; e sua relativamente rápida incorporação dos precedentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o qual tem imposto relevantes condenações a certos exageros investigativos alemães³⁰⁵.

Germany: balancing truth against protected constitutional interests, op. cit., p. 139-140.

³⁰³ A título de exemplo empírico, o autor deste estudo teve a oportunidade, em 14.02.2014, de fazer uma visita guiada à penitenciária de Freiburg im Breisgau, no Estado alemão de Baden-Württemberg, sob promoção e acompanhamento do Instituto Max Planck para o Direito Criminal Estrangeiro e Comparado. Lá foi possível verificar boa capacidade infra-estrutural (muito melhor que a verificada em estabelecimentos congêneres no Brasil), e, pelas palavras, atos e demonstrações do diretor e dos agentes penitenciários que acompanharam o grupo visitante (e também pelo comportamento dos reclusos), também se constatou que o sistema punitivo alemão tem justa expectativa de transformar a pena corporal em oportunidade de dar alguma reeducação civilizatória para os condenados. Os internos vivem geralmente em celas individuais ou duplas, mas passam boa parte do dia juntos, nos pavilhões cobertos ou nos “banhos de sol”. Todos os presos, até mesmo os considerados perigosos, têm oportunidade de trabalhar nas oficinas intramuros (e até aprender uma nova profissão, como a de marceneiro, pintor etc.), podem praticar esportes duas vezes por semana (na grande academia de musculação, no pátio ou nas quadras poliesportivas, abertas ou cobertas), têm assistência médica, psicológica, religiosa, intelectual (serviço bibliotecário) e até incentivo artístico. A chamada “visita íntima e familiar” é privilégio dos presos – casados ou em união estável – que já se encontrem em fase avançada do cumprimento, considerada uma das fases finais de reinserção social dos detentos bem comportados (o grupo visitante teve oportunidade de visitar o apartamento próprio para tais visitas, dignamente limpo e bem estruturado, com um cômodo de casal, uma pequena sala de entrada com brinquedos para crianças, um banheiro e uma pequena sala de jantar). Os agentes penitenciários não andam armados (embora possam requisitar reforço armado pelo rádio, que sai do prédio central e chega ao local da necessidade em poucos minutos) e demonstram razoável conhecimento de Direitos Humanos. As visitas familiares e de advogados são favorecidas, mas recebem intensa fiscalização da administração penitenciária. Especialmente os presos do pavilhão de “não condenados” (presos cautelares) sofrem intenso controle e seus atos e direitos são muito mais restritos que os presos já definitivamente condenados. Pelo que se verifica nos *sites* das unidades penitenciárias do Estado de Baden-Württemberg, o mencionado presídio de Freiburg im Breisgau não é “unidade-modelo”, mas mera repetição dos demais: v., p.e., endereços eletrônicos das unidades de Freiburg (www.jva-freiburg.de), Schwäbisch Hall (www.jva-schwaebisch-hall.de), Stuttgart (www.jva-stuttgart.de) e Mannheim (www.jva-mannheim.de). Logo no início do *site* da penitenciária de Freiburg im Breisgau, a advertência de Leon Tolstói: “Para se avaliar um país, deve-se ver o interior de suas prisões.” No endereço eletrônico do presídio de Offenburg (<http://www.jva-offenburg.de/pb/,Lde/Tage+der+offenen+Tuer+JVA+Offenburg>), há fotos dos tradicionais “Dias da Porta Aberta”, nos quais a comunidade local é convidada a fazer visitas guiadas ao presídio, incentivando-se alguma interação com certos detentos (além disso, o trabalho voluntário de pessoas “extramuros”, fora desses “Dias da Porta Aberta”, é expressamente bem-vindo).

³⁰⁴ Um exemplo disso é o famoso caso Gäfgen (referência no BverfG, NJW 2005, 656; referência no TEDH, Gäfgen versus Germany (2011), 52 E.H.R.R. 1). Na tentativa de encontrar criança sequestrada e sob suposto risco de morte, um oficial de polícia, em Frankfurt am Main, autorizou determinado agente a ameaçar o comprovado sequestrador de tortura, caso este não revelasse o paradeiro da criança (a qual, sem que a polícia soubesse, já estava morta). Independentemente do resultado probatório de tal revelação (que acabou ocorrendo), a mera *ameaça* de tortura bastou para que os referidos oficial e agente de polícia fossem condenados, no âmbito criminal, a considerável sanção pecuniária: v. sentença em http://www.lg-frankfurt.justiz.hessen.de/irj/servlet/prt/portal/prtroot/slimp.CMReader/HMdJ_15/LG_Frankfurt_Internet/med/acb/acb50880-b973-6411-aeb6-df144e9169fc,22222222-2222-2222-2222-222222222222,true.pdf, acesso em 17.04.2014.

2.3. Investigação criminal e inutilizabilidade na Itália

Outro exemplo notório de sistema de *civil law*, o ordenamento jurídico da Itália também tem matriz fortemente legislada. Seu Direito Processual, nele incluído todo o Direito Probatório, é objeto de normas privativamente federais, com destaque para os direitos fundamentais expressos na Constituição Italiana (em vigor desde 1948) e, no âmbito criminal, para o Código de Processo Penal (vigente desde 1988)³⁰⁶.

Em matéria criminal, a corte máxima é, geralmente, a Corte de Cassação, precipuamente competente para a aplicação uniforme das leis penais e processuais penais; entretanto, ocorre excepcionalmente de a Corte Constitucional Italiana examinar questões criminais, sob a forma de controle de constitucionalidade. A jurisprudência representa, também na Itália, papel menos proeminente que nos EUA, uma vez que os precedentes judiciais não são vinculantes, com exceção de decisões da Corte Constitucional; ainda assim, é grande a tendência dos juízos e tribunais inferiores no sentido de se orientarem pelos julgados provenientes dos órgãos superiores³⁰⁷.

No que influencia diretamente o Direito Probatório, o processo penal italiano apresenta três importantes traços, que o colocam a meio termo, entre a adversariedade estadunidense (para a qual hoje se inclina) e a inquisitividade alemã (sob cuja influência longamente viveu): *i*) embora não haja, na Itália, julgamentos por júri, há cortes mistas (com marcante participação de juízes leigos) e o princípio da oralidade é muito efetivo³⁰⁸; *ii*) os poderes de iniciativa probatória dos julgadores italianos são compreendidos como excepcionais, pontuais e subsidiários aos das partes³⁰⁹; e,

³⁰⁵ V. item 2.4, abaixo, especialmente quanto aos casos *Gäfgen e Jaloh*.

³⁰⁶ Cf. FERRUA, Paolo. La prova nel processo penale: profili generali. In: FERRUA, Paolo. MARZADURI, Enrico. SPANGHER, Giorgio. *La prova penale*. Torino: G. Giappichelli, 2013, p. 1-56. TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 15-45. ILLUMINATI, Giulio. Italy: statutory nullities and non-usability. In: THAMAN, Stephen C. (org.). *Exclusionary rules in Comparative Law*, op. cit., p. 235-259. Nessa última fonte, salvo menção específica contrária, tomou-se primeiro conhecimento dos precedentes judiciais citados no presente subitem.

³⁰⁷ Cf. ORLANDI, Renzo; KOSTORIS, Roberto E. Italy: contribution to the Preparatory Colloquium of the XVIII International Congress of Penal Law. In: *Revue Internationale de Droit Pénal*. v. 80, edição anual. Toulouse: Éditions Érès, 2009, p. 207-222 do CD-ROM anexo àquela obra.

³⁰⁸ V. TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*, op. cit., p. 87-90.

³⁰⁹ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*, op. cit., p. 91-97.

principalmente, *iii*) desconfia-se da capacidade de os julgadores italianos (togados e leigos) não se impressionarem indevidamente por informações total ou parcialmente contaminadas (p.e., “testemunhas de ouvir dizer”)³¹⁰.

A desconfiança por último referida teve sua consagração legislativa no art. 191 do CPP Italiano, o qual, sob a rubrica “provas ilegitimamente adquiridas”, assim dispõe: “As provas adquiridas sob violação das vedações estabelecidas na lei não podem ser utilizadas. A inutilizabilidade é arguível também de ofício, e em qualquer estado ou grau do procedimento.”

Em comparação com os ordenamentos estadunidense e alemão³¹¹, o art. 191 do CPP Italiano simplificou parte do Direito Probatório em seu país, poupando-o de discussões sobre legitimidade e preclusão, e, principalmente, estabelecendo uma *norma geral* obstativa de abusos investigativo-probatórios: *inicialmente*, o processo penal italiano não tolera violações durante a aquisição probatória.

Tal norma geral, contudo, não livrou o Direito Probatório italiano de questões importantes e polêmicas, a seguir abordadas: *i*) a finalidade social da exclusão probatória naquele ordenamento; *ii*) o alcance da exclusão probatória; *iii*) a relação entre a inutilizabilidade e as nulidades processuais; *iv*) inutilizabilidade por derivação; *v*) provas a favor do imputado; e *vi*) casos difíceis sobre exclusão probatória.

Na Itália, e no Direito europeu continental em geral, a finalidade social da exclusão probatória é prioritariamente a proteção dos direitos fundamentais (os quais, a seu turno, podem sofrer ponderações que sejam consideradas proporcionais). A ideia de disciplina do Estado-Persecutor, mediante o desestímulo à ilegalidade na obtenção de elementos cognitivos, é relevante, mas secundária³¹².

Para a compreensão do alcance da exclusão probatória no Direito

³¹⁰ Cf. ILLUMINATI, Giulio. Italy: statutory nullities and non-usability, op. cit., p. 235-241. V. tb. DONATIELLO, Roberto. Inutilizzabilità e prassi giudiziarie. In: MAFEO, Vania (org.). *Il procedimento probatorio nel processo penale*. Napoli: 2006, p. 95-99.

³¹¹ V. subitens imediatamente anteriores.

³¹² Cf. ILLUMINATI, Giulio. Italy: statutory nullities and non-usability, op. cit., p. 237-238. TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*, op. cit., p. 76-82.

Italiano, há que se distinguirem inutilizabilidades absolutas (sempre insuscetíveis de valoração judicial) e relativas (insuscetíveis de valoração judicial contra determinadas pessoas ou em certos tipos de decisões), gerais e específicas³¹³. Deve ser também anotado que, cuidando o mencionado art. 191 de provas *ilegitimamente adquiridas*, interpreta-se sua inutilizabilidade geral como instrumentadora das vedações e condicionamentos estabelecidos na lei *processual*³¹⁴ (entendendo-se aí abrangidas as garantias constitucionais com impacto processual); provas decorrentes da infração a normas exclusivamente jurídico-materiais (chamadas *ilícitas*) também podem ser inutilizáveis, mas isso por força de disposições específicas, não pela cláusula geral do art. 191³¹⁵.

Paolo Ferrua³¹⁶ chama atenção para a palavra “adquiridas” no já transcrito art. 191 do CPP Italiano. Caso se entenda que adquirida se relaciona à *admissão* probatória (é essa a opinião de Ferrua), toda ilegitimidade probatória conduz à inutilizabilidade; caso se limite tal palavra à *obtenção* probatória, somente a ilegitimidade probatória em fase pré-processual conduziria à inutilizabilidade. Sobre isso, a jurisprudência italiana é vacilante: sempre fora a favor da segunda linha, menos garantista;

³¹³ Orlandi e Kostoris (Italy, op. cit., p. 215) mencionam a tortura e os tratamentos degradantes ou cruéis como geradores de inutilizabilidades absolutas. Tonini (*A prova no processo penal italiano*, op. cit., p. 76-77) cita, como exemplos de inutilizabilidades relativas, o art. 63, I, do CPP Italiano (que prevê a imprestabilidade das declarações testemunhais inadvertidas que se revelem incriminadoras da testemunha) e o art. 360, 5, também daquele CPP (que permite o uso de determinados accertamentos técnicos irrepetíveis em procedimentos especiais, mas o veda na fase de debates orais). Tonini também aponta o transcrito art. 191 como inutilizabilidade geral e os arts. 103, 195 e 271, todos do CPPI, que estabelecem parâmetros rígidos sobre, respectivamente, buscas em escritórios de advocacia, testemunhos indiretos e interceptações nas comunicações.

³¹⁴ Ressalte-se que a ideia de *ilegitimidade* probatória tem conteúdo um pouco diverso na Itália e no Brasil. Por exemplo: lá, uma interceptação telefônica que não cumpra os requisitos legais é prova *ilegítima* (acentua-se que tais requisitos têm natureza *processual*); aqui, é prova *ilícita* (considera-se que, antes de tudo, foi violado sigilo telefônico do investigado, direito de natureza *material*). Para comparação entre os dois sistemas, v. ILLUMINATI, Giulio. Italy: statutory nullities and non-usability, op. cit., p. 255-256. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2 ed. São Paulo: RT, 1982, p. 98-99.

³¹⁵ Cf. TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*, op. cit., p. 76-78. GREVI, Vittorio. Prove. In: GREVI, Vittorio; CONSO, Giovanni; BARGIS, Marta. *Compendio di procedura penale*. 6 ed. Padova: CEDAM, p. 319-320. ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita: um estudo comparado*. Tradução de Nereu Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 44-45. ILLUMINATI, Giulio. Italy: statutory nullities and non-usability, op. cit., p. 237-238. A última fonte traz o seguinte exemplo: um advogado não pode, sem grave fundamento, violar o dever de sigilo sobre informações incriminadoras que tenha recebido de seu cliente; se, por exemplo, é *coagido* pela polícia a revelar tais informações, essas são inutilizáveis, até mesmo por expressa vedação do art. 188 do CPP Italiano; porém, se revela *voluntariamente* tais informações à polícia, comete ilícito civil, administrativo-corporativo e penal (todos de natureza jurídico-material), mas tais informações são passíveis de valoração judicial.

³¹⁶ FERRUA, Paolo. La prova nel processo penale, op. cit., p. 47-52, onde também se encontram os precedentes jurisprudenciais citados no parágrafo sob leitura.

tempos atrás, tendeu para a primeira linha, mais garantista³¹⁷; no ano seguinte, em decisão de suas Sessões Unidas, retrocedeu para a segunda linha, novamente menos garantista³¹⁸. De qualquer forma, o Direito italiano demonstra pouca ou nenhuma preocupação com a natureza da violação (se atentadora de direito material ou processual), mas, sim, com a consequência jurídica de tal violação (inutilizabilidade, nulidade absoluta, nulidade relativa ou alguma modulação dessas categorias)³¹⁹.

Tais distinções podem dar ensejo a grandes debates sobre os meios de prova e a instrução processual. Para a *investigação criminal*, objeto deste estudo, o enfoque é parcialmente simplificado: são inutilizáveis os elementos obtidos em desobediência às proibições e requisitos da lei processual italiana (Constituição, CPP e diplomas extravagantes). Permanece, contudo, a dificuldade decorrente dos elementos obtidos em desobediência às proibições e requisitos da lei material, os quais, na Itália, são analisados de forma bastante fragmentada³²⁰.

O termo *inutilizabilidade*, especialmente no Direito italiano, descreve *vício processual* incidente sobre elementos cognitivos indevidos e, ao mesmo tempo, o *regime jurídico* destes, instituidor da sanção processual que impede, no mais tardar, sua valoração pelo juiz da causa, ao qual é vedada sua utilização como fundamento decisório³²¹.

Trata-se, pois, de *evolução, na seara probatória italiana, da tradicional disciplina de nulidades processuais*, também elas concomitantemente referentes a vícios e sanções, em graus e efeitos variados³²². Enquanto as nulidades abrangem todos os atos processuais, a inutilizabilidade se restringe às provas. As nulidades exercem controle probatório repressivo, indireto e tematicamente mais amplo, uma vez que invalidam atos

³¹⁷ Corte de Cassação Italiana, decisão de 22.09.1995, Cavarero, publicada em *Cassazione Penale*, 1996, p. 1545.

³¹⁸ Corte de Cassação Italiana, Sessões Unidas, decisão de 27.03.1996, Sala, publicada em *Foro Italiano*, 1996, II, c. 473.

³¹⁹ Nesse mesmo sentido, ANGELETTI, Riziero. *Le invalidità in generale delle prove e dei mezzi di prova*. Torino: Giappichelli, 2005, p. 13-87, 106-119 e 121-134.

³²⁰ Cf. ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita*, op. cit., p. 44-47.

³²¹ Cf. TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*, op. cit., p. 76. ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita*, op. cit., p. 45.

³²² MAFEO, Vania. Relazione introduttiva. In: MAFEO, Vania (org.). *Il procedimento probatorio nel processo penale*, op. cit., p. 13-42.

processuais já praticados, fundamentados em provas ilegais (violadoras de direitos materiais ou processuais); a inutilizabilidade exerce controle probatório preventivo, direto e tematicamente mais restrito, pois impedem que provas ilegítimas (violadoras de direitos processuais) sirvam de fundamento para atos a serem produzidos. Por outro lado, caso sejam desrespeitadas pelo juiz da causa, as inutilizabilidades dependem do regime de nulidades: em grau recursal, caberá ao competente tribunal pronunciar a nulidade, total ou parcial, da decisão judicial que se tenha fundamentado em elementos inutilizáveis³²³.

Essa proximidade entre as inutilizabilidades e as nulidades gera dúvida sobre a aplicação, no Direito Processual Penal italiano, da teoria estadunidense dos frutos da árvore venenosa³²⁴. O art. 185, item 1, do CPP Italiano dispõe que “a nulidade de um ato torna inválidos os atos posteriores que dependam daquele declarado nulo”. A Corte Constitucional³²⁵ daquele país já desautorizou a extensão de tal dispositivo às inutilizabilidades, uma vez que estas decorrem de violações muito variadas, não necessariamente contaminadoras de outras posteriores, ligadas por nexos causais às vezes fracos: diferentemente do que ocorre com as nulidades, *não há regra geral sobre a inutilizabilidade por derivação*.³²⁶

Analisando-se a jurisprudência criminal da Corte de Cassação, não se observa posicionamento firme sobre o tema. Em 1991, entendeu processualmente utilizáveis os elementos cognitivos apreendidos em busca ilegal, declarando expressamente a independência jurídico-causal entre a validade da busca e a validade dos elementos encontrados e apreendidos durante sua implementação³²⁷; em 1992, afirmou a existência de nexos funcional entre a busca e o material apreendido durante sua execução, o que resultaria na inutilizabilidade probatória deste³²⁸; em 1996, afirmou a inviolabilidade de domicílio, mas, na mesma decisão, admitiu a valoração probatória do resultado de busca e apreensão

³²³ ILLUMINATI, Giulio. Italy: statutory nullities and non-usability, op. cit., p. 244-247.

³²⁴ V. subitem 2.1, acima.

³²⁵ Cf. Decisão nº 332, de 24.09.2001, da Corte Constitucional Italiana.

³²⁶ CABIALE, Andrea. L'inutilizzabilità “derivata”: un mito a mezza via fra nullità ed esigenze sostanziali. In: *Diritto Penale Contemporaneo*. Revista digital, disponível em http://www.uilpadirigentiministeriali.com/attachments/article/3290/++l_inutilizzabilita_.pdf, acesso em 17.03.2014, p. 1-4.

³²⁷ Decisão da Corte de Cassação (Lionetti), em 24.04.1991, pub. Cassazione Penale 1992, 1879.

³²⁸ Decisão da Corte de Cassação (Casini), em 13.04.1992, pub. Cassazione Penale 1993, 339.

ilícita, considerando que se tratava do corpo de delito³²⁹. Segundo a interpretação de Andrea Cabiale³³⁰, a busca não é prova, mas meio de pesquisa probatória; assim, não pode ser considerada inutilizável, menos ainda se cogitar de inutilizabilidade derivada quanto aos seus resultados; o que se poderia fazer, no máximo, é entabular discussão sobre eventual inadmissibilidade dos frutos ou nulidade de decisões fundadas em provas indevidas, mas nem isso a Corte de Cassação tem cogitado.

Giulio Illuminati³³¹ e Andrea Cabiale³³² citam outros precedentes, indicadores de instabilidade da Corte de Cassação quanto à *inutilizabilidade por derivação*. Esse tribunal tolerou a valoração judicial de: declarações do acusado e testemunhas interrogados sob confrontação com os áudios de interceptações ilegais³³³; declarações de vítimas de extorsão interrogadas mediante a leitura entrecortada da transcrição de interceptações ilegais³³⁴; testemunho de policial sobre os resultados de investigação iniciada com base em confissão ilegalmente obtida³³⁵; interceptações telefônicas inicialmente válidas, mas somente empreendidas por conta de informações conseguidas durante interceptação ilegal, outrora ocorrida³³⁶. Por outro lado, a Corte de Cassação considerou inutilizáveis: elementos comprobatórios de pornografia infanto-juvenil, obtidos por agente provocador com base em material ilegalmente obtido³³⁷; material apreendido em busca domiciliar sem autorização judicial e motivada por notícia anônima³³⁸; o testemunho dos agentes executores de interceptações ilegais, como sucedâneo destas³³⁹.

Giulio Illuminati³⁴⁰ informa a inexistência de precedentes judiciais significativos sobre a utilizabilidade, no processo penal italiano, de provas indevidamente obtidas *a favor do imputado*. Segundo o autor, embora seja natural a simpatia por tal exceção ao art. 191 do CPP Italiano, melhor seria que esta ocorresse mediante alteração

³²⁹ Decisão da Corte de Cassação (Sala), em 27.03.1996, pub. Cassazione Penale 1996, 3268.

³³⁰ CABIALE, Andrea. L'inutilizzabilità "derivata", op. cit., p. 12-13.

³³¹ ILLUMINATI, Giulio. Italy: statutory nullities and non-usability, op. cit., p. 248.

³³² CABIALE, Andrea. L'inutilizzabilità "derivata", op. cit., p. 12-15.

³³³ Decisão da Corte de Cassação (Nikolic), em 22.12.1997, pub. Cassazione Penale 1999, 1569.

³³⁴ Decisão da Corte de Cassação (Meriani), em 14.11.1997, pub. Cassazione Penale 1999, 1897.

³³⁵ Decisão da Corte de Cassação (Lugano), em 04.11.1997, pub. Giustizia Penale, III, 660 (1998).

³³⁶ Decisão da Corte de Cassação (Manche), em 10.02.2004, pub. Cassazione Penale 2005, 3945.

³³⁷ Decisão da Corte de Cassação (Bonaiuti), em 29.04.2004, pub. Rivista Penale 636 (2005).

³³⁸ Decisão da Corte de Cassação (Ceroni), em 08.03.1995, pub. Cassazione Penale 1996, 1876.

³³⁹ Decisão da Corte de Cassação (Sindoni), em 21.06.1996, pub. Gazzeta Giuridica, 42, 28, 1996.

³⁴⁰ ILLUMINATI, Giulio. Italy: statutory nullities and non-usability, op. cit., p. 239-240.

legislativa, para que não seja criada indesejável doutrina sobre mitigações extralegais ao tão duramente conquistado dispositivo³⁴¹.

Concluindo-se este subitem, pontue-se que até em hipóteses supostamente claras de inutilizabilidade a jurisprudência italiana se demonstra permeável a ponderações, quando confrontada com casos difíceis.

O art. 64 do CPP Italiano estabelece inutilizabilidade quanto a declarações do ofendido que não sejam previamente resguardadas contra a autoincriminação forçada. Entretanto, a Corte de Cassação já admitiu que declarações autoincriminatórias de imputados, propositalmente não precedidas por advertência sobre seus direitos defensivos, fossem usadas contra terceiros³⁴² ou contra o próprio imputado, na investigação de crimes considerados autônomos em relação ao originalmente apurado³⁴³.

O sigilo das comunicações é considerado inviolável pelo art. 15 da Constituição Italiana e a respectiva Corte Constitucional já afirmou a inutilizabilidade dos resultados de interceptações realizadas em desobediência aos requisitos legais³⁴⁴. A Corte de Cassação, porém, admite a gravação de conversa por um dos interlocutores, mesmo que se trate de policial disfarçado e sem o conhecimento dos outros participantes da conversa, sob o fundamento de que não ocorre intromissão oculta de terceiro no diálogo, do qual todos os integrantes são igualmente titulares³⁴⁵.

2.4. Limitações investigativo-probatórias e *fair trial* na jurisprudência de tribunais internacionais

O direito à prova e o correlato direito à exclusão das provas indevidas são

³⁴¹ Andrea Cabiale (L'inutilizzabilità “derivata”, op. cit., p. 26) faz referência à sujeição das inutilizabilidades à legalidade prévia, por conta da gravidade de sua sanção processual.

³⁴² Decisão da Corte de Cassação (Calabrese Violetta), em 10.08.1995, pub. Cassazione Penale 1996, 2644.

³⁴³ Decisão da Corte de Cassação (Carpanelli), em 09.10.2009, pub. Cassazione Penale 1997, 2428.

³⁴⁴ Decisão nº 34, de 06.04.1973, da Corte Constitucional Italiana.

³⁴⁵ Decisão da Corte de Cassação (Torcasio), em 28.05.2003, pub. Cassazione Penale 2004, 21.

reconhecidos como de valor universal e acolhidos pela doutrina dos Direitos Humanos, com clara manifestação na jurisprudência dos tribunais internacionais, como, por exemplo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CADH) e o Tribunal Penal Internacional (TPI)³⁴⁶.

Abstraídos os mecanismos de condenação e imposição dos julgados internacionais, importa aqui dar breve notícia de que os correspondentes tribunais também têm afirmado um dos pressupostos deste estudo: a reconstrução investigativa de fatos penalmente interessantes deve sofrer limitações jurídicas, com destaque para as limitações impostas pelos direitos das pessoas investigadas³⁴⁷.

A exclusão probatória no âmbito das cortes internacionais reflete a preocupação destas com a adoção de parâmetros que, a um só tempo, permitam o controle dos Direitos Humanos e também sejam compatíveis com os variados sistemas e tradições jurídicas dos países sob sua jurisdição³⁴⁸.

Além disso, no caso do TEDH e da CADH, deve-se levar em conta sua posição como órgãos reexaminadores de condenações criminais já definitivas (e frequentemente exauridas) no âmbito dos respectivos Estados sob jurisdição³⁴⁹. E, no caso do TPI, sua razão de ser na ocorrência de fatos já de início considerados extraordinariamente graves e atentadores aos Direitos Humanos³⁵⁰.

³⁴⁶ Cf. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 72-77. ZILLI, Marcos. As provas ilícitas no processo penal brasileiro e no Direito Penal Internacional: duas cabeças, duas sentenças. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (org.). *Proibições probatórias no processo penal*, op. cit., p. 89-95.

³⁴⁷ ZILLI, Marcos. As provas ilícitas no processo penal brasileiro e no Direito Penal Internacional, op. cit., p. 89-95.

³⁴⁸ REMOTTI CARBONELL, José Carlos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: estructura, funcionamiento y jurisprudencia*. Barcelona: Instituto Europeo de Derecho, 2003, p. 340-343. ÖLÇER, F. Pinar. The European Court of Human Rights: The Fair Trial Analysis Under Article 6 of the European Convention of Human Rights. In: THAMAN, Stephen C. (org.). *Exclusionary rules in Comparative Law*, op. cit., p. 371-399. ZILLI, Marcos. As provas ilícitas no processo penal brasileiro e no Direito Penal Internacional, op. cit., p. 116-117. MALAN, Diogo Rudge. *Processo penal de partes: right of confrontation na produção da prova oral*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2008, p. 120.

³⁴⁹ V. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de Direitos Humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 157-263.

³⁵⁰ ZILLI, Marcos. As provas ilícitas no processo penal brasileiro e no Direito Penal Internacional, op. cit.,

Pela dificuldade política de se estabelecerem proibições probatórias aceitáveis por todos os Estados signatários, os diplomas regentes das referidas cortes internacionais apenas dispõem sobre o direito das pessoas penalmente imputadas a um processo judicial *justo* ou *equitativo* (*fair trial*, *procès équitable*), no qual se instaure um debate contraditório leal³⁵¹. É com base nessa cláusula que a jurisprudência internacional dos Direitos Humanos tem exercido controle sobre a investigação criminal, eminentemente analisando se a admissão ou valoração processuais de determinada prova indevidamente pesquisada comprometeu significativamente a justiça do processo penal sob exame³⁵².

Na jurisprudência do Tribunal Penal Internacional, o debate sobre a exclusão probatória esteve presente no caso *Lubanga Dyilo*³⁵³. Durante o processo penal internacional, defesa impugnou a admissibilidade de documentos outrora apreendidos sem a presença nem sequer comunicação ao morador, em desconformidade a normas procedimentais do CPP do Congo, diploma aplicável para o contexto. Para avaliar a admissibilidade, no processo penal internacional, da prova ilegalmente obtida, o TPI desenvolveu teste composto de duas perguntas: 1) A prova atacada é suficientemente confiável?; e, em caso positivo: 2) A admissão de tal prova compromete a integridade do processo (ou seja, a satisfação da pretensão punitiva internacional mediante tal admissão probatória compromete os princípios informadores da própria Justiça Internacional)? No

p. 112-129.

³⁵¹ Previsto no art. 6º da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, no art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos e nos art. 67 e 69 do Estatuto de Roma sobre o Tribunal Penal Internacional. Por todos, vale citar o art. 69, itens 4, 7 e 8, do Estatuto de Roma: “(...) 4. O Tribunal poderá decidir sobre a relevância ou admissibilidade de qualquer prova, tendo em conta, entre outras coisas, o seu valor probatório e qualquer prejuízo que possa acarretar para a realização de um julgamento equitativo ou para a avaliação equitativa dos depoimentos de uma testemunha, em conformidade com o Regulamento Processual. (...) 7. Não serão admissíveis as provas obtidas com violação do presente Estatuto ou das normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas quando: a) essa violação suscite sérias dúvidas sobre a fiabilidade das provas; ou b) a sua admissão atente contra a integridade do processo ou resulte em grave prejuízo deste. 8. O Tribunal, ao decidir sobre a relevância ou admissibilidade das provas apresentadas por um Estado, não poderá pronunciar-se sobre a aplicação do direito interno desse Estado.”

³⁵² REMOTTI CARBONEL, José Carlos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit., p. 340-343. ÖLÇER, F. Pinar. *The European Court of Human Rights*, op. cit., p. 371-399. ZILLI, Marcos. *As provas ilícitas no processo penal brasileiro e no Direito Penal Internacional*, op. cit., p. 116-117. MALAN, Diogo Rudge. *Processo penal de partes*, op. cit., p. 120.

³⁵³ Referência jurisprudencial: ICC-01/04-01/06-803-tEN, 14.05.2007. Caso citado e comentado em ZILLI, Marcos. *As provas ilícitas no processo penal brasileiro e no Direito Penal Internacional*, op. cit., p. 126-129.

referido caso, o TPI reconheceu a ilegalidade na obtenção da prova, mas não afastou sua admissibilidade, por entendê-la suficientemente confiável e não violadora dos princípios informadores da Justiça Internacional, uma vez que, na ponderação entre o direito de o acusado acompanhar a referida busca em seu domicílio e a gravidade concreta do atentado aos direitos humanos (recrutamento bélico de crianças e seu engajamento em hostilidades armadas), entendeu-se mais consentâneo com o Estatuto de Roma dar maior peso ao segundo ponto. A prova impugnada foi admitida, e Lubanga Dyilo foi condenado a quatorze anos de prisão.

Conforme destaca Marcos Zilli³⁵⁴, essa postura mais tolerante com provas indevidamente coletadas é explicável, no âmbito do TPI, pela opinião, até então vigente, de que a investigação dos feitos levados àquela corte tende a ser extraordinariamente difícil e referente a fatos de gravidade igualmente extraordinária, não devendo tal postura ser reproduzida em instâncias judiciais internas, nas quais a ideia de *fair trial* deve ser mais restritiva.

Na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, embora haja importantes decisões sobre o direito à prova, são poucos os precedentes diretamente relacionados a violações investigativas e exclusão probatória³⁵⁵. Entretanto, pela forma como a CADH aborda a garantia do *devido processo*, é possível vislumbrar-se uma perspectiva mais conglobante e menos estratificada do respeito aos direitos defensivos³⁵⁶.

³⁵⁴ ZILLI, Marcos. As provas ilícitas no processo penal brasileiro e no Direito Penal Internacional, op. cit., p. 112-133.

³⁵⁵ Tal escassez é apontada em ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita*, op. cit., p. 165-169. Guilherme Dezem, entretanto, destaca o caso *Escher e outros versus Brasil*, no qual o Estado Brasileiro foi condenado por ter autorizado interceptações telefônicas ilegais; embora o material indevidamente captado não tenha sido utilizado como prova penal, as conversas telefônicas vieram a público, o que violou ainda mais a vida privada, a honra e a reputação dos investigados (além de outros menos interessantes para o Direito Probatório). V. DEZEM, Guilherme Madeira. A proteção da intimidade e os tribunais internacionais. In: RASCOVSKI, Luiz (coord). *Temas relevantes de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 79-110, especialmente p. 102. A sentença, em *Escher e outros versus Brasil*, foi prolatada em 06.07.2009, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf (acesso em 19.03.2014).

³⁵⁶ Cf. DEZEM, Guilherme Madeira. *A flexibilização no processo penal*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2013, p. 82-85. Em tal fonte, são citados precedentes indicadores da referida perspectiva conglobante dos direitos defensivos, componentes da garantia de *devido processo*: *Genie Lacayo versus Nicarágua* (j. 29.01.1997), *Tribunal Constitucional versus Peru* (j. 31.01.2001), *Baena Ricardo e outros versus Panamá* (j. 02.02.2001), *Hilaire, Constantine y Benjamin e outros versus Trinidad e Tobago* (j. 21.06.2002).

Por outro lado, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos é mais rica³⁵⁷, especialmente atenta a alegadas violações investigativas à intangibilidade do imputado³⁵⁸, à sua privatividade³⁵⁹ e ao seu direito a advogado³⁶⁰. Mantendo alguma sintonia com o TPI e a CADH, o TEDH só tem afirmado a necessidade de exclusão probatória quando a valoração dos elementos cognitivos obtidos por tais violações investigativas sonegue ao imputado o direito a um processo justo (ou equitativo). A exclusão probatória perante o TEDH também se submete, portanto, a teste (*fair trial test*) bifásico: primeiro é verificada a existência de significativa violação investigativa, sobretudo atentadora à intangibilidade do imputado, à sua privatividade e ao seu direito a advogado; em caso positivo, ponderando a gravidade concreta da suspeita ou acusação, o grau de confiabilidade do elemento cognitivo sob censura e a reprovabilidade incidente sobre a violação investigativa, o TEDH avalia se tais violações acabaram causando inaceitável desequilíbrio no respectivo julgamento criminal; em caso novamente positivo, somente então o TEDH afirma a necessidade de exclusão probatória e condena o Estado demandado por violação ao art. 6º da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos³⁶¹.

Analise-se os precedentes mais importantes, nos quais a violação investigativa já tenha sido reconhecida pelo TEDH, ou seja, a primeira verificação do mencionado teste bifásico já tenha sido tendencialmente afirmativa.

³⁵⁷ V. ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita*, op. cit., p. 149-163.

³⁵⁸ Artigo 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (Proibição da tortura): “Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.”

³⁵⁹ Artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (Direito ao respeito pela vida privada e familiar): “1. Toda pessoa tem direito ao respeito a sua vida privada e familiar, seu domicílio e sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito, senão quando esta ingerência estiver prevista em lei e constituir providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção de infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.”

³⁶⁰ Artigo 6º, item 3, letra c, segunda parte (Direito a defensor técnico, como integrante do direito a um processo equitativo): “(...) 3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: (...) c) (...) ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem.”

³⁶¹ Cf. ÖLÇER, F. Pınar. *The European Court of Human Rights: The Fair Trial Analysis Under Article 6 of the European Convention of Human Rights*, op. cit. p. 371-380. Nesta fonte (p. 371-399), tomou-se primeiro contato com os precedentes que, após cuidadosa análise, são citados neste estudo.

Uma vez afirmada a ocorrência de violação investigativa à *intangibilidade do imputado*, é muito forte a inclinação do TEDH em também afirmar a necessidade da correspondente exclusão probatória³⁶². No caso *Jalloh versus Alemanha*³⁶³, o então suspeito fora obrigado, pela polícia alemã, a ingerir substâncias indutivas de vômito, as quais o fizeram expelir narcóticos escondidos em seu estômago. O caso *Gäfgen versus Alemanha*³⁶⁴ é mais dramático: o imputado, Magnus Gäfgen, fora preso mediante robustos elementos no sentido de que havia sequestrado criança e ainda a mantinha em cativeiro; considerando que a vítima estava sob grande risco, e diante da recusa do suspeito em colaborar com o resgate, o vice-chefe de polícia ordenou a policial subordinado que ameaçasse Magnus Gäfgen de tortura, o que foi providenciado; sentindo-se seriamente ameaçado, o suspeito acabou por confessar sua autoria delitiva, revelar que já havia matado e enterrado a criança sequestrada e levar a polícia ao local onde escondera o cadáver. Em ambos os precedentes, o TEDH declarou que as provas (narcóticos em *Jalloh*, confissão e cadáver, em *Gäfgen*) foram colhidas de modo tão intensamente reprovável que haviam desequilibrado inaceitavelmente os respectivos julgamentos criminais e deveriam ter sido oportunamente excluídas; como não o foram, resultaram em processos injustos, de modo que a Alemanha foi internacionalmente condenada a, também por esse motivo, pagar indenizações aos afetados.

O *direito a advogado*, especialmente em fase de investigações criminais formais anteriores ao eventual processo penal, é principalmente entendido como protetor de outro direito do imputado, o de não se autoincriminar.³⁶⁵ No principal caso sobre o ponto, *Salduz versus Turquia*³⁶⁶, o então investigado fora interrogado, sob custódia policial, sem oportunidade de se consultar com terceiros nem advertência sobre quaisquer direitos defensivos; nessa ocasião, veio a confessar autoria delitiva, a qual, tempos depois, negou; tal confissão, apesar de oportunamente negada pelo imputado, foi valorada como a prova central para sua condenação criminal. O TEDH declarou inadmissível tal valoração judicial, uma vez que as declarações do imputado havia sido colhidas em situação de completa vulnerabilidade deste, sem que lhe fossem dados ouvidos nem mesmo quando

³⁶² V. ÖLÇER, F. Pınar. The European Court of Human Rights, op. cit., p. 373-375.

³⁶³ Referência jurisprudencial: *Jalloh versus Germany* (G.C.)(2007), 44 EHRR 42.

³⁶⁴ Referência jurisprudencial: *Gäfgen versus Germany* (2011), 52 EHRR 1.

³⁶⁵ V. ÖLÇER, F. Pınar. The European Court of Human Rights, op. cit., p. 373-375.

³⁶⁶ Referência jurisprudencial: *Salduz versus Turkey* (GC) (2009), 49 E.H.R.R. 19.

veio a posteriormente negar a problemática confissão. Afirmando que o justo teria sido a oportuna exclusão de tal prova, o TEDH condenou a Turquia, também por esse motivo, a indenizar o afetado. Análise nessa mesma trilha foi depois empreendida em *Pishchalnikov versus Rússia*³⁶⁷.

De de um lado, são bastante firmes os posicionamentos do TEDH no sentido da exclusão de provas derivadas de violações à intangibilidade do imputado e ao seu direito a advogado (como garantia da não autoincriminação forçada). De outro lado, ainda há bastante resistência quanto a exclusões probatórias examinadas ao ensejo de violações investigativas ao direito à *privacidade (vida privada e familiar, domicílio e correspondência)*³⁶⁸.

Uma primeira linha diz respeito à legalidade das intervenções na privacidade. Nos casos *Kruslin versus França*³⁶⁹, *Valenzuela Contreras versus Espanha*³⁷⁰ e *Prado Bugallo versus Espanha*³⁷¹, os respectivos imputados haviam sofrido interceptações telefônicas autorizadas pelos magistrados competentes, mas não suficientemente regulamentadas por leis daqueles países, as quais foram consideradas excessivamente vagas pelo TEDH (na prática, apenas previam o mecanismo investigativo, sem limitá-lo à apuração de determinados crimes, nem exigir prazos, relatórios, procedimentos ou maiores controles)³⁷².

Outra linha trata da exigibilidade de autorização judicial para intervenções significativas na privacidade. Nos casos *Funke versus França*³⁷³, *Miailhe versus França*³⁷⁴ e *Cremieux versus França*³⁷⁵, o tribunal europeu considerou violadores do sigilo domiciliar mandados de busca e apreensão residenciais expedidos por autoridades

³⁶⁷ Processo nº 7205/04, julgado pelo TEDH em 24.09.2009.

³⁶⁸ V. ÖLÇER, F. Pınar. The European Court of Human Rights, op. cit., p. 373-375 e p. 391-397.

³⁶⁹ Referência jurisprudencial: *Kruslin versus France* (1990), 12 EHRR 547.

³⁷⁰ Referência jurisprudencial: *Valenzuela Contreras versus Spain* (1998), 28 EHRR 43.

³⁷¹ *Prado Bugallo versus Spain*, Processo nº 58796/00, julgado pelo TEDH em 18.02.2003.

³⁷² Sobre a tensão entre regulamentação satisfatória e inovação investigativa, v. Capítulo 6.

³⁷³ Referência jurisprudencial: *Funke v. France* (1993), 16 EHRR 297.

³⁷⁴ Referência jurisprudencial: *Miailhe v. France* (1993), 16 EHRR 332.

³⁷⁵ Referência jurisprudencial: *Cremieux v. France* (1993), 16 EHRR 357.

administrativas alfandegárias³⁷⁶. Em *Khan versus Reino Unido*³⁷⁷, toda a prova utilizada para a condenação do imputado decorreu da captação domiciliar de suas conversas, sem autorização de qualquer órgão controlador externo à própria polícia. O TEDH, reafirmando comentário lateral constante do precedente *Klass versus Alemanha*³⁷⁸, entendeu violado o domicílio, afirmando ser inafastável a necessidade de controle jurisdicional sobre medida investigativa tão invasiva.

Uma terceira linha analisa a convencionalidade de medidas investigativas destinadas à obtenção furtiva e indireta de declarações do investigado. Em *Bykov versus Rússia*³⁷⁹, um comparsa do imputado, mediante entendimento prévio com a polícia, gravou clandestinamente suas conversas com aquele, ambos em liberdade, conversas essas posteriormente usadas como prova para condenação criminal.

Nas três perspectivas relatadas (legalidade, judicialidade e furtividade), o TEDH condenou os correspondentes Estados por violações à privacidade. Contudo, ponderando a gravidade concreta das suspeitas ou acusações, o grau de confiabilidade dos elementos cognitivos sob censura e a reprovabilidade incidente sobre as violações investigativas, em todos os precedentes citados o tribunal europeu resistiu a considerar necessária a exclusão probatória.

Exceções a tal resistência ocorreram em precedentes que verificaram violações à privacidade somadas à sonegação de direitos defensivos básicos, que acabaram por minar a confiabilidade dos elementos cognitivos colhidos. No caso *Allan versus Reino Unido*³⁸⁰, um informante da polícia fora colocado na mesma cela onde estava provisoriamente preso o então investigado; tal informante fora previamente instruído para, de modo insistente e persuasivo, dirigir verdadeiro interrogatório ao companheiro de cela,

³⁷⁶ Entretanto, no caso *Camenzind versus Suíça* (1999, 28 E.H.R.R. 458), o TEDH admitiu, excepcionalmente, que autoridade não judiciária (um diretor regional do Serviço Suíço Postal e de Telecomunicações) determinasse busca domiciliar por aparelho telefônico não autorizado.

³⁷⁷ Referência jurisprudencial: *Khan versus United Kingdom* (2001), 31 E.H.R.R. 45.

³⁷⁸ Referência jurisprudencial: *Klass versus Germany* (1978), 2 EHRR 214.

³⁷⁹ Processo nº 4378/02, julgado pela Grande Câmara do TEDH, em 10.03.2009.

³⁸⁰ Referência jurisprudencial: *Allan versus United Kingdom* (2003), 36 E.H.R.R. 12.

o qual acabou se autoincriminando e teve tais declarações usadas contra si, em posterior processo penal. Em *Lisica versus Croatia*³⁸¹, fora executada busca e apreensão em veículo atribuído ao suspeito, sem a presença deste, de pessoa de sua confiança nem sequer de testemunha imparcial, supostamente encontrando-se elementos que foram posteriormente usados para a condenação criminal do então investigado. Em ambos os casos, o TEDH considerou necessária a exclusão probatória, pela inaceitável violação *dupla*, da privacidade com a não autoincriminação forçada (em *Allan*) e da privacidade com o direito de auto-defesa (em *Lisica*).

Em conclusão, depreende-se da jurisprudência de cortes internacionais evidente *cautela* (de inspiração política) quanto a se imiscuir em decisões sobre a admissão ou não de determinada prova, sob fundamento de que a admissibilidade probatória deveria ser disciplinada pelos ordenamentos jurídicos nacionais, uma vez que não há adoção internacional de regramentos específicos sobre tal matéria³⁸². Por outro lado, há significativos precedentes indicando que medidas investigativas desproporcionais serão cada vez menos toleradas – embora seja inevitavelmente discutível o juízo de proporcionalidade empreendido em cada caso³⁸³.

2.5. Questões atuais do Direito Probatório brasileiro sobre a investigação criminal

Provavelmente influenciada pelos desmandos persecutórios da ditadura militar que então se encerrava, a Constituição Brasileira de 1988, fundada na dignidade da pessoa humana³⁸⁴, positivou, em seu núcleo rígido³⁸⁵, vários direitos limitadores da

³⁸¹ Processo nº 20100/06, julgado pelo TEDH em 25.02.2010.

³⁸² V. MALAN, Diogo Rudge. *Processo penal de partes: right of confrontation na produção da prova oral*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2008, p. 120.

³⁸³ THAMAN, Stephen C. Balancing Truth Against Human Rights: A Theory of Modern Exclusionary Rules. In: THAMAN, Stephen C. (org.). *Exclusionary rules in Comparative Law*, op. cit., p. 441-442.

³⁸⁴ Art. 1º, III, da CRFB: "A República Federativa do Brasil (...) tem como fundamentos (...) a dignidade da pessoa humana (...)."

³⁸⁵ Art. 60, § 4º, da CRFB: "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...) os

atividade investigativa criminal: inviolabilidade corporal³⁸⁶, moral³⁸⁷, privada³⁸⁸, domiciliar³⁸⁹ e comunicacional³⁹⁰; sigilo de fonte informativa³⁹¹; inafastável³⁹² e imediato³⁹³ controle jurisdicional de abusos investigativos; *nemo tenetur se detegere*³⁹⁴. E resguardou tais direitos, no âmbito das investigações criminais, mediante norma de exclusão probatória forte e geral, prevista no inciso LVI do art. 5º: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

O tratamento que o Brasil conferiu, em 1988, à ilicitude probatória representou, na época, pioneirismo constitucional³⁹⁵. Mais comedido, Portugal, em 1976, havia previsto, no art. 32, 8, de sua Constituição, serem “*nulas* todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral da pessoa, intromissão *abusiva* na vida privada, no domicílio ou na correspondência ou telecomunicações”. A Colômbia, em 1991, no art. 29 de sua Constituição, previu ser “*nula*, de pleno direito, a prova obtida com violação ao devido processo”. O México, mediante emenda levada a efeito em 2008, passou a dispor, no art. 20, IX, de sua Constituição, que “qualquer prova obtida com violação de direitos fundamentais será *nula*”. Também constitucionais e gerais, mas *posteriores* ao texto brasileiro, são as exclusões probatórias estabelecidas por Rússia, Geórgia, Azerbaijão, Belarus e Cazaquistão³⁹⁶. A maioria dos outros países de que se tem

direitos e garantias individuais.”

³⁸⁶ Art. 5º, III, da CRFB: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

³⁸⁷ Art. 5º, LVIII, da CRFB: “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

³⁸⁸ Art. 5º, X, da CRFB: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

³⁸⁹ Art. 5º, XI, da CRFB: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

³⁹⁰ Art. 5º, XII, da CRFB: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

³⁹¹ Art. 5º, XIV, da CRFB: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

³⁹² Art. 5º, XIV, da CRFB: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

³⁹³ Art. 5º, LXVIII, da CRFB: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

³⁹⁴ Art. 5º, LXIII, da CRFB: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

³⁹⁵ Cf. ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita*, op. cit., p. 37-64. THAMAN, Stephen C. *Balancing Truth Against Human Rights*, op. cit., p. 414-416. Ambas as fontes, assim como os endereços eletrônicos oficiais dos países mencionados, informam todo o parágrafo sob leitura.

³⁹⁶ V. THAMAN, Stephen C. *Balancing Truth Against Human Rights: A Theory of Modern Exclusionary Rules*, op. cit., p. 414-415.

notícia adota exclusões probatórias infraconstitucionais e fragmentárias.

A opção constitucional brasileira, de excluir genericamente a prova ilícita, sem dúvida gera maior estabilidade jurídica em terreno mundialmente vulnerável a ondas político-legislativas pendulares, as quais, em contextos de maior exposição midiática sobre problemas de segurança pública, tendem a restringir ou mesmo suprimir exclusões probatórias já positivadas³⁹⁷.

Ainda assim, a norma causou bastantes discussões nas duas décadas posteriores à promulgação constitucional.

Em 1988, já existia notícia, no Brasil, da distinção italiana entre prova ilegal, ilegítima e ilícita³⁹⁸.

Na Itália, a prova *ilegal*, gênero, seria a violadora do ordenamento jurídico. Os outros dois termos corresponderiam a suas espécies: a prova *ilegítima* seria associada à desobediência a normas *processuais* (p.e., produção probatória em juízo sem contraditório), e a prova *ilícita*, à afronta a normas *materiais* (p.e., revelação criminosa de segredo profissional, em testemunho contrário ao acusado)³⁹⁹.

Essa classificação, idêntica na *forma*, tem *conteúdo* às vezes diverso na Itália e no Brasil: lá, por exemplo, uma interceptação telefônica que não cumpra os requisitos legais é prova *ilegítima* (considera-se que tais requisitos têm natureza processual); aqui, é prova *ilícita* (considera-se que, antes de tudo, foi violado sigilo telefônico do investigado, direito de natureza material)⁴⁰⁰.

³⁹⁷ Cf. ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita*, op. cit., p. 64-67.

³⁹⁸ V. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, op. cit., p. 98-99, cuja primeira edição veio a lume em 1976.

³⁹⁹ Cf. TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*, op. cit., p. 76-78. GREVI, Vittorio. *Prove*, op. cit., p. 319-320. ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita*, op. cit., p. 44-45. ILLUMINATI, Giulio. Italy: statutory nullities and non-usability, op. cit., p. 237-238. A última fonte traz o seguinte exemplo de prova *ilícita*: um advogado não pode, sem grave fundamento, violar o dever de sigilo sobre informações incriminadoras que tenha recebido de seu cliente; se revela voluntariamente tais informações à polícia, comete ilícito civil, administrativo-corporativo e penal (todos de natureza jurídico-material), dando ensejo a prova *ilícita* (a qual, mediante ponderação, pode ser judicialmente valorada no Direito italiano, o qual somente veda *tout court*, no art. 191 do CPPI, a prova *ilegítima*).

⁴⁰⁰ Para comparação entre os dois sistemas, v. ILLUMINATI, Giulio. Italy: statutory nullities and non-usability, op. cit., p. 255-256. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*: as

De qualquer modo, a noção de provas ilegais, ilegítimas e ilícitas já era familiar ao Direito brasileiro⁴⁰¹, e logo se interpretou o já transcrito inciso LVI do *caput* do art. 5º como óbice à obtenção probatória violadora dos direitos materiais consagrados na ordem constitucional pós-1988 (inviolabilidade corporal, moral, privada, domiciliar, comunicacional etc.): os elementos obtidos por tais violações não poderiam ser admitidos como prova e, caso o sejam, contaminam a sentença que os venha a valorar⁴⁰².

Tal interpretação estimulou o avanço civilizatório das práticas policiais brasileiras, uma vez que a jurisprudência não tardou a excluir provas ilicitamente coletadas e, com isso, dissuadir o Estado-Persecutor de violações investigativas, as quais seriam processualmente inúteis⁴⁰³.

2.5.1. O inciso LVI do art. 5º da CR é regra ou princípio?

Já de início, podia-se indagar: a vedação às provas ilícitas, como positivada no já transcrito art. 5º, LVI, da CR expressaria um dever definitivo (norma-regra) ou um dever *prima facie*, aplicável na maior medida possível em cada caso concreto (norma-princípio)⁴⁰⁴? Ou, perguntando-se de outro modo: a vedação às provas ilícitas rejeita ou admite a ideia de proporcionalidade?

interceptações telefônicas. 2 ed. São Paulo: RT, 1982, p. 98-99.

⁴⁰¹ Cf., no STF, o RHC 63834/SP, julgado em 18.12.1986 (antes, portanto, da CRFB/1988), publicado no DJ em 05.06.1987, p. 11112, e no Ementário do STF, v. 1464-01, p. 90): “*Habeas corpus*. Processual penal. Prova ilícita. (...) Os meios de prova ilícitos não podem servir de sustentação ao inquérito ou à ação penal. (...) As provas produzidas no inquérito ora em exame – gravações clandestinas – além de afrontarem o princípio da inviolabilidade do sigilo de comunicações (...), cerceiam a defesa e inibem o contraditório (...). RHC provido para determinar o trancamento do inquérito policial.”

⁴⁰² Cf. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, obra já citada, p. 167-168. Nesta fonte, sustenta-se que, “se a sentença estiver claramente amparada em prova inadmissível, a hipótese não será de vício de motivação (e que, portanto, deve levar à *invalidade* da decisão), mas de *erro de julgamento*, que poderá levar à reforma da sentença em sede de apelação” (grifos no texto original).

⁴⁰³ Na jurisprudência do STF, pouco após a instituição da nova ordem constitucional, citem-se, como exemplos, o HC 69912/RS, com segundo julgamento pelo Plenário em 16.12.1993, e o HC 74113/SP, julgado pelo Plenário em 28.06.1996, ambos rejeitando a valoração de provas obtidas mediante a violação de direitos materiais.

⁴⁰⁴ SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, 2003, p. 607-630.

A resposta da jurisprudência para tal pergunta é até hoje insegura, mas se inclina no sentido das normas-princípio, ou seja, da aplicação da proporcionalidade à vedação de provas ilícitas.

Em certos casos, o Supremo Tribunal Federal rejeita radicalmente a prova ilícita, como nas hipóteses de interceptações telefônicas anteriores à edição da Lei Federal nº 9.296/96⁴⁰⁵ ou em gravações policiais clandestinas *in loco*⁴⁰⁶ (o que é indicativo das normas-regra).

Em outros momentos, todavia, o STF aceita fazer ponderações em face de outras normas consideradas igualmente importantes (o que é evidenciador de normas-

⁴⁰⁵ V., na jurisprudência do STF, os já mencionados HC 69912/RS e HC 74113/SP.

⁴⁰⁶ V., na jurisprudência do STF, o HC 80949/RJ (j. 30.10.2001, Primeira Turma, pub. DJ 14.12.2001, p. 26): “(...) Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais. 3. Ilicitude decorrente – quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental – de constituir, dita 'conversa informal', modalidade de 'interrogatório' sub-reptício, o qual – além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (CPP, art. 6º, V) –, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação – *nemo tenetur se detegere* –, erigido em garantia fundamental pela Constituição – além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 CPP – importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em 'conversa informal' gravada, clandestinamente ou não. IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores – cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito – mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina – ainda quando livre o seu assentimento nela – em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (*fruits of the poisonous tree*). 9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido.”

princípio)⁴⁰⁷.

A possibilidade de um dos interlocutores gravar clandestinamente sua conversa com terceiros e depois utilizar a gravação como prova *não serve* para identificar a espécie normativa do referido inciso LVI, porque o STF, de modo semelhante ao da jurisprudência italiana⁴⁰⁸, entende que, nessa hipótese, não há sequer ilicitude⁴⁰⁹. Segundo o nosso Supremo Tribunal, não há interceptação, ou seja, não ocorre intromissão oculta de terceiro no diálogo, do qual todos os integrantes são igualmente titulares. Em suma, o resultado de tal gravação é prova lícita⁴¹⁰, de modo que o analisado inciso LVI é inaplicável à situação.

Linha argumentativa interessante, a favor do tratamento da vedação às provas ilícitas como normas-princípio, diz respeito às provas ilícitas que favorecem a imputados ou vítimas. Para a análise, devem ser imaginadas, pelo menos, três perspectivas.

Primeira perspectiva: um imputado (ou terceiro, propositalmente em seu favor) obtém prova ilícita destinada à defesa contra acusação injusta (p.e., o furto, e posterior juntada aos autos, de diário pessoal do verdadeiro culpado, ou interceptação telefônica clandestina deste). Nesse caso, a obtenção da prova ocorre em situação análoga à do estado de necessidade⁴¹¹, o qual, nos termos do art. 23, I, do Código Penal, *exclui a ilicitude* do fato. Por outro lado, é muito duvidoso que o elemento cognitivo assim obtido possa fundamentar acusação criminal contra o verdadeiro culpado⁴¹². Ou seja: nesta primeira perspectiva, a aplicação analógica da excludente de ilicitude (estado de necessidade) não purifica integralmente a prova obtida, que é válida para obstar acusação

⁴⁰⁷ Cf. SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*, obra já citada, p. 91-94. ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas Ilícitas e Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 199-271.

⁴⁰⁸ Decisão da Corte de Cassação (Torcasio), em 28.05.2003, pub. Cassazione Penale 2004, 21.

⁴⁰⁹ V., na jurisprudência do STF, RE 402717/PR (j. 02.12.2008, Segunda Turma, pub. DJe n. 30, de 13.02.2009), HC 87341/PR (j. 07.02.2006, Primeira Turma, pub. DJ 03.03.2006, p. 73) e AgRegAI 503617/PR (j. 01.02.2005, Segunda Turma, pub. DJ de 04.03.2006, p. 30).

⁴¹⁰ O STF, por outro lado, já considerou ilícita gravação clandestina feita por policiais, na qual restou duvidoso o conhecimento de, pelo menos, um dos interlocutores (e estando um deles preso ilegalmente); v. HC 80949/RJ (j. 30.10.2001, Primeira Turma, pub. DJ 14.12.2001, p. 26).

⁴¹¹ Art. 24 do Código Penal: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.”

⁴¹² V. precedentes do STF imediatamente abaixo, especialmente o RE 251445 (j. 21.06.2000, decisão monocrática do Min. Celso de Mello, pub. DJ 03.08.2000, p. 68).

injusta, mas aparentemente inválida para fundamentar acusação justa; se há aqui alguma dose de ponderação, não seria para limitar a vedação a prova ilícita, mas para limitar o uso de prova lícita (cuja ilicitude inicial fora excluída pelo estado de necessidade). O art. 5º, LVI, da CR é, portanto, inaplicável à situação.

Segunda perspectiva: determinada vítima (ou terceiro, propositalmente em seu favor) obtém prova ilícita destinada a instruir futura demanda judicial contra agressor. No caso de gravações clandestinas feitas pela própria vítima ou por terceiro autorizado por esta, o STF decidiu que os elementos assim obtidos são *lícitos*, porque não há interceptação, ou seja, não ocorre intromissão oculta de terceiro no diálogo, do qual todos os integrantes são igualmente titulares⁴¹³. Uma vez que, sobre o ponto, o STF cogita expressamente de *excludente de ilicitude* (legítima defesa)⁴¹⁴, não há que se falar em prova ilícita, e, também aqui, o art. 5º, LVI, da CR se demonstra inaplicável.

Em julgado recente⁴¹⁵, o Superior Tribunal de Justiça validou, para a comprovação de crime sexual já ocorrido, os resultados de gravação telefônica clandestina das conversas entre adulto pedófilo e adolescente de treze anos de idade, sigilosamente determinada pela mãe deste, a qual também era a proprietária da linha telefônica. Quanto

⁴¹³ V., na jurisprudência do STF, HC 75338/RJ (j. 11.03.1998, Tribunal Pleno, pub. 25.09.1998, p. 11), HC 75261/MG (j. 24.06.1997, Primeira Turma, pub. DJ 22.08.1997, p. 38764).

⁴¹⁴ Cf., do STF, HC 74678/SP (j. 10.06.1997, Primeira Turma, DJ 15.08.1997, p. 37036): “Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime –, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). *Habeas corpus* indeferido.”

⁴¹⁵ Cf. STJ, REsp 1026605/ES (j. 13.05.2014, Sexta Turma, DJe 13.06.2014): “Recurso Especial. Artigo 214 c/c o art. 224, "a", do CP (antiga redação). (...) Gravação de conversa em terminal telefônico próprio, com auxílio de terceiro. Poder-dever de proteção do filho menor. Prova lícita. Admissibilidade. (...) 2. A teor do disposto no artigo 157 do Código Penal são inadmissíveis as provas ilícitas, assim consideradas as que violam direito material do réu, devendo ser desentranhadas do processo, de modo a conferir efetividade ao princípio do devido processo legal e a tutelar os direitos constitucionais de qualquer acusado no processo penal. 3. No caso concreto, a genitora da vítima solicitou auxílio técnico a terceiro para a gravação de conversas realizadas através de terminal telefônico de sua residência, na qualidade de representante civil do menor impúbere e investida no poder-dever de proteção e vigilância do filho, não havendo ilicitude na gravação. Dada a absoluta incapacidade da vítima para os atos da vida civil – e ante a notícia de que estava sendo vítima de crime de natureza hedionda – a iniciativa da genitora de registrar conversa feita pelo filho com o autor da conjecturada prática criminosa se assemelha à gravação de conversa telefônica feita com a autorização de um dos interlocutores, sem ciência do outro, quando há cometimento de delito por este último, hipótese já reconhecida como válida pelo Supremo Tribunal Federal. (...)”

ao seu intento de *comprovar* atentado sexual *já exaurido e temporalmente afastado*, a gravação não constituía, rigorosamente, nem legítima defesa de terceiro, nem estrito cumprimento do dever parental, nem exercício regular da propriedade telefônica. No voto unanimemente vencedor, a Sexta Turma do STJ expressamente adotou a *proporcionalidade* como critério para a admissão da prova inicialmente ilícita e tolerou sua utilização para *condenar* o acusado.

Terceira perspectiva: determinada prova ilícita chega aos autos em situação diversa das outras duas hipóteses (p.e., furto domiciliar não especificamente dirigido para aquele item), e o elemento cognitivo pode aparelhar defesa contra acusação injusta ou demanda judicial contra infrator. Em, pelo menos, dois precedentes, o STF entendeu ser injusto que a referida prova instrísse demanda judicial contra a vítima de ilicitude pregressa, mesmo que o Estado-Persecutor nenhum envolvimento tivesse na violação investigativa: no caso de papéis confidenciais furtivamente obtidos por ex-empregado de empresa, o qual repassara o material ao Estado-Persecutor⁴¹⁶; e também quanto a fotografias comprobatórias de pedofilia, inicialmente furtadas de consultório odontológico e posteriormente arrecadadas pela polícia, quando esta alcançou os autores do furto (tais fotos foram consideradas inadmissíveis até mesmo em relação a terceiros, implicados na pedofilia, mas não vitimados pelo furto)⁴¹⁷. Por outro lado, embora não se

⁴¹⁶ STF, HC 82862/SP (j. 19.02.2008, Segunda Turma, pub. DJe n. 107, de 13.06.2008): “Prova. Criminal. Documentos. Papéis confidenciais pertencentes a empresa. Cópias obtidas, sem autorização nem conhecimento desta, por ex-empregado. Juntada em autos de inquérito policial. Providência deferida em mandado de segurança impetrado por representante do Ministério Público. Inadmissibilidade. Prova ilícita. Ofensa ao art. 5º, LVI, da CF, e aos arts. 152, § único, 153 e 154 do CP. Desentranhamento determinado. HC concedido para esse fim. Não se admite, sob nenhum pretexto ou fundamento, a juntada, em autos de inquérito policial ou de ação penal, de cópias ou originais de documentos confidenciais de empresa, obtidos, sem autorização nem conhecimento desta, por ex-empregado, ainda que autorizada aquela por sentença em mandado de segurança impetrado por representante do Ministério Público.”

⁴¹⁷ V. STF, RE 251445 (j. 21.06.2000, decisão monocrática do Min. Celso de Mello, pub. DJ 03.08.2000, p. 68): “Prova ilícita. Material fotográfico que comprovaria a prática delituosa (Lei nº 8.069/90, art. 241). Fotos que foram furtadas do consultório profissional do réu e que, entregues à polícia pelo autor do furto, foram utilizadas contra o acusado, para incriminá-lo. Inadmissibilidade (CF, art. 5º, LVI). (...) Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682, RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos

tenha encontrado precedente judicial a respeito, parece justo que tal prova possa embasar defesa contra acusação injusta, ponderando-se a vedação à prova ilícita e o direito fundamental à ampla defesa⁴¹⁸, tão importante quanto a referida vedação. Assim, nesta terceira hipótese, a ideia de proporcionalidade surge em favor de pessoa injustamente acusada, embora não tenha força para influenciar a vedação à prova ilícita acusadora.

A melhor evidência de que o STF aborda a vedação às provas ilícitas como norma-princípio parece ocorrer em certos casos de violação de sigilo de correspondência (a qual é vedada expressamente e sem exceções pelo art. 5º, XII, da CR): o STF tem exercido juízos de proporcionalidade – e validado a utilização probatória como fundamento de acusações criminais – em situações envolvendo a administração de pessoas custodiadas em estabelecimento prisional⁴¹⁹ e quando a correspondência já foi lida e arquivada pelo destinatário⁴²⁰.

A tendência, é, portanto, que o art. 5º, LVI, da CR seja abordado como norma-princípio, ou seja, um dever *prima facie*, um mandamento de otimização, aplicável

agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular.”

⁴¹⁸ Art. 5º, LV, da CR: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁴¹⁹ V., na jurisprudência do STF, o HC 70.814/SP (j. 01.03.1994, Primeira Turma, pub. DJ 24.06.1994, p. 16649): “*Habeas corpus*. (...) Interceptação criminosa de carta missiva remetida por sentenciado. (...) A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de praticas ilícitas.”

⁴²⁰ V., na jurisprudência do STF, o RHC 115983/RJ (j. 16.04.2013, Segunda Turma, pub. DJe 172, de 03.09.2013): “Recurso ordinário em *habeas corpus*. (...) Delito de homicídio. Busca e apreensão de cartas amorosas enviadas pela recorrente a um dos corréus com quem mantinha relacionamento extraconjugal. Art. 240, § 1º, f, do CPP. Violação do direito à inviolabilidade de correspondência. Não ocorrência. Garantia que não é absoluta. Autoria intelectual evidenciada por outras provas colhidas na instrução criminal. Ausência de demonstração do efetivo prejuízo. (...) I – A jurisprudência desta Corte consagrou o entendimento de que o princípio constitucional da inviolabilidade das comunicações (art. 5º, XII, da CF) não é absoluto, podendo o interesse público, em situações excepcionais, sobrepor-se aos direitos individuais para evitar que os direitos e garantias fundamentais sejam utilizados para acobertar condutas criminosas. II – A busca e apreensão das cartas amorosas foi realizada em procedimento autorizado por decisão judicial, nos termos do art. 240, § 1º, f, do Código de Processo Penal. III – A condenação baseou-se em outros elementos de prova, em especial nos depoimentos de testemunhas, reproduzidos em plenário, sob o crivo do contraditório. IV – Esta Corte assentou o entendimento de que a demonstração de prejuízo, 'a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que, (...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades, *pas de nullité sans grief*, compreende as nulidades absolutas' (HC 85.155/SP). (...) VII – Recurso ordinário improvido.”

na maior medida possível em cada caso concreto⁴²¹, até mesmo porque se destina também às provas cíveis, seara muito fértil para juízos de proporcionalidade⁴²². No âmbito criminal, entretanto, a abertura para a ponderação de tal dispositivo é mínima contra os imputados (e deve ser grande a favor destes, titulares que são do direito fundamental à ampla defesa)⁴²³.

2.5.2. A reforma trazida pela Lei Federal nº 11690/2008

Em 2008, vinte anos depois da promulgação constitucional, o legislador brasileiro alterou a redação do art. 157 do CPP: com o novo *caput* e § 3º, reforçou o texto constitucional sobre exclusão probatória; pelos novos §§ 1º e 2º, tentou regulamentar atenuações à ilicitude probatória por derivação⁴²⁴.

De acordo com o novo *caput* do art. 157 do CPP, deve ser entendida como ilícita a prova *obtida* mediante violação a normas constitucionais ou legais, passível de desentranhamento dos autos processuais.

Como já sinalizado acima, *prova ilegal* é expressão-gênero, da qual derivam as espécies *prova ilegítima* (associada à desobediência a normas processuais) e

⁴²¹ V. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91 e 116-120. SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*, obra já citada, p. 57-64 e 91-94. ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. op. cit., p. 17-40.

⁴²² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: *Temas de direito processual* – sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 118.

⁴²³ A referida tendência jurisprudencial conta com a concordância do doutorando. Além dos argumentos já apresentados, deve também ser ponderado que, para a interpretação e aplicação de textos constitucionais detalhistas como o brasileiro, a proibição absoluta a modulações legais (demonstradas adequadas a fins constitucionalmente legítimos, necessárias e ponderadas) tende a levar ao engessamento (e, em último caso, à inoperabilidade sócio-jurídica) da Constituição, a qual, para se manter viva ao longo de séculos, precisa ter alguma abertura (considerada proporcional) à flexibilização. Reconheça-se, contudo, que o tema é dos mais difíceis da filosofia jurídica contemporânea (e sua má abordagem pode colocar sob risco séculos de luta em favor de direitos e garantias considerados fundamentais).

⁴²⁴ Assim dispõe o CPP: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.”

prova ilícita (relativa à afronta a normas *materiais*). Para que não se confundam as sanções processuais próprias de cada uma dessas espécies probatórias⁴²⁵, tampouco se restrinja indevidamente o âmbito protetivo da vedação às provas ilícitas⁴²⁶, há que se destacar que o interdito à *obtenção* de provas ilícitas deve ser interpretado como necessariamente proibidor da *admissão*, da *produção* e da *valoração* da prova violadora de direitos com natureza jurídico-material. Sob violação a estes, a prova não pode ser obtida; caso obtida, não pode ser admitida no processo; se vier a ser admitida, não pode ser produzida; se for produzida, não pode ser valorada, tampouco fundamentar condenação criminal (salvo, caso se admita, incidência da proporcionalidade); e, qualquer que seja o momento processual em que a ilicitude probatória venha a ser sancionada, devem ser desentranhados os elementos dela decorrentes⁴²⁷.

O art. 157 não incide sobre provas *ilegítimas*, para as quais a sanção cabível é a nulidade⁴²⁸.

Os §§ 1º e 2º demonstram tentativa de regulamentação sobre atenuações à ilicitude probatória por derivação, sob clara inspiração da jurisprudência estadunidense, sobre a qual já se discorreu acima⁴²⁹.

A reforma nada mencionou sobre eventual atenuação causada pela boa-fé dos agentes investigadores⁴³⁰, o que indica que, no Brasil, a vedação à ilicitude probatória

⁴²⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas, op. cit., p. 266.

⁴²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, op. cit., p. 285-289.

⁴²⁷ Gustavo Badaró (*Processo penal*, op. cit., p. 287), encarecendo o art. 191 do CPP Italiano, ressalta que “mais relevante que distinguir entre *nulidade* e *inadmissibilidade* é prever a inutilizabilidade da prova ilícita, impossibilitando sua valoração” (grifos originais).

⁴²⁸ Cf. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, obra já citada, p. 93-95. Gustavo Badaró (*Processo penal*, op. cit., p. 285-289)

⁴²⁹ V. subitem 2.1.

⁴³⁰ V., subitem 2.1. Na decisão *United States versus Leon* (468 U.S. 897; 1984), a *USSC* validou os resultados probatórios de apreensão policial executada com base em mandado judicial que, tempos depois, veio a ser declarado inválido: considerou-se que os fins dissuasórios da exclusão probatória em nada seriam alcançados pela punição ao Estado-Persecutor por erro do Estado-Juiz (a despeito de ambos a serem manifestações da mesma pessoa jurídica). No mesmo dia em que julgara o caso *Leon*, a *USSC* decidiu *Massachusetts versus Shepherd* (468 U.S. 981; 1984), no qual validou apreensão policial autorizada por mandado judicial que não descrevera os itens sujeitos a serem apreendidos. Em *Illinois versus Krull* (480 U.S. 340; 1987), a *USSC* validou os resultados probatórios de apreensão administrativa desamparada de mandado judicial, apenas autorizada por lei estadual que, tempos depois, veio a ser declarada inconstitucional – considerou-se que os fins dissuasórios da exclusão probatória não seriam alcançados pela punição ao Estado-Persecutor por erro do Estado-Legislador. Em *Arizona versus Evans* (514 U.S. 1; 1995), a Suprema Corte validou os resultados probatórios decorrentes de encarceramento

é, assim como na Europa continental, prioritariamente destinada à tutela dos direitos fundamentais e só secundariamente preocupada com a dissuasão de más práticas persecutórias⁴³¹.

Contrastando-se a linguagem legislativa empregada e os já citados precedentes estadunidenses, percebe-se que os referidos dispositivos são algo confusos: misturam-se conceitos e consequências de teorias como a da dissipação da nódoa (*purged taint*), da fonte independente (*independent source*) e da descoberta inevitável (*inevitable discovery*). Caberá à jurisprudência brasileira, com ajuda da doutrina, amadurecer sua interpretação⁴³².

Em conclusão, verifica-se que o Direito Probatório brasileiro, em comparação com outros ordenamentos pesquisados, é intensamente restritivo à ilicitude probatória, pouco permeável à proporcionalidade e menos experiente quanto a atenuações à ilicitude por derivação.

efetuado com base em informação incorretamente passada pelo sistema informático do Poder Judiciário, segundo o qual teria sido expedido o correspondente mandado de prisão. Por fim, em 2009, no polêmico julgamento de *Herring versus United States* (555 U.S. 135; 2009), a *USSC* chegou ao máximo grau de enfraquecimento da exclusão probatória: validou os resultados probatórios decorrentes de abordagem policial efetuada com base em mandado judicial de prisão, na verdade inexistente, incorretamente registrado no sistema informático da própria corporação policial, sob o argumento de que não seria proporcional excluir o trabalho dos agentes responsáveis pela coleta probatória como forma de punição ou dissuasão à falta de cuidado atribuível a terceiros, ainda que estes fossem também integrantes da mesma categoria policial.

⁴³¹ V. STF, RE 251445 (j. 21.06.2000, decisão monocrática do Min. Celso de Mello, pub. DJ 03.08.2000, p. 68): “Prova ilícita. (...) No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão (...) do ordenamento positivo (...), *ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo* [e] vier ele a ser concretizado por ato de mero particular” (grifou-se aqui). V. tb. HC 93050/RJ (j. 10.06.2008, Segunda Turma, DJe n. 142, de 01.08.2008): “(...) A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do *due process of law* e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal [...]”.

⁴³² V., no STF, HC 91867/PA (j. 24.04.2012, Segunda Turma, pub. DJe n. 185, de 20.09.2012) e HC 106244/RJ (j. 17.05.2011, Primeira Turma, pub. DJe n. 159, de 19.08.2011). São inúmeras as questões suscitadas no âmbito da ilicitude probatória por derivação. Uma das mais polêmicas se refere aos vícios quanto ao procedimento investigativo e a invalidação ou não das fontes e elementos colhidos. Imagine-se, por exemplo, que, em cumprimento a mandado judicial de busca e apreensão, a porta da casa a ser adentrada é arrombada pela polícia sem a prévia intimação para sua abertura (art. 245, caput e § 2º, CPP); pergunta-se: há invalidação da prova colhida ou apenas responsabilização dos agentes abusivos?

CAPÍTULO 3: O ATO E A FASE DE INVESTIGAÇÃO

CRIMINAL

3.1. Noção inicial

A expressão *investigação criminal* tem, na cultura jurídica brasileira⁴³³, dois grandes sentidos: como *ato* e como *fase*.

Quando, por exemplo, há referência a *diligências*⁴³⁴, *meios e técnicas de investigação*⁴³⁵ ou ao *poder de investigação*⁴³⁶ atribuído ou não a pessoa, órgão ou instituição, está-se apontando a prática de *atos* investigativos.

Quando se utilizam expressões como *investigação preliminar*⁴³⁷ ou *elementos colhidos na investigação*⁴³⁸, está-se cogitando de *fase* investigativa.

Como se discorrerá a seguir, a distinção é importante, até porque se demonstrará que a menção a *ato* de investigação se reporta a algo que pode ocorrer antes, depois ou concomitantemente ao processo penal cognitivo-condenatório, dentro e fora deste; e a remissão a *fase* de investigação é correlata a momento pré-processual, necessariamente anterior a eventual processo penal cognitivo-condenatório.

Este estudo trabalhará com ambas as manifestações do fenômeno

⁴³³ Nos ordenamentos estrangeiros essa diferença também é notada. Por exemplo, o Direito alemão se refere a *Ermittlungsmaßnahme* e *Ermittlungsverfahren* – v. HELLMAN, Uwe. *Strafprozessrecht*. Heidelberg: Springer, 2006, p. 72-154. O Direito francês se refere a *enquête* e a *actes de l'enquête* – v. GUINCHARD, Serge. BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*. 6 ed. Paris: Litec, 2010, p. 581-682.

⁴³⁴ Conforme o art. 16 do CPP, “O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas *diligências*, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia”.

⁴³⁵ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de investigação criminal*. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008, p. 151-161, 181-219, 238-296, 312-318 e 337-348.

⁴³⁶ CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público*, obra citada, p. 186-187.

⁴³⁷ Cf. LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 227-228.

⁴³⁸ O art. 155, *caput*, do CPP dispõe que “O juiz (...) não poderá fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na *investigação* (...)”.

jurídico: a análise do *ato* de investigação permitirá a compreensão dos meios e técnicas investigativos; o enfoque da *fase* de investigação facilitará a compreensão de sua finalidade e desafios contemporâneos.

3.2. O ato de investigação criminal

Os exemplos mais comuns de *atos investigativos*⁴³⁹ provêm do inquérito policial: a oitiva de testemunhas, o acompanhamento disfarçado de pessoas investigadas, a obtenção de filmagem de local assaltado, a coleta, análise e comparação de dados etc.

A redação do art. 155 do CPP parece reduzir a *investigação* à fase pré-processual penal.

De fato, a investigação por via do *inquérito policial*, que é a mais comum, ocorre em fase pré-processual, significativamente autônoma em relação ao processo penal. Também se costuma mencionar “*a*” *investigação*, como momento autônomo de caso criminal, indicando-se, por metonímia, a fase pré-processual penal.

Entretanto, como categoria jurídico-processual, o ato investigativo desborda dos limites do inquérito policial, da fase pré-processual e até do Direito Processual Penal.

Com vistas à teoria geral da prova, pode-se chamar ato de investigação a 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 provas convergentes), referentes a supostos fatos relevantes para a instrução em processo já existente ou para a preparação de feito cogitado para o futuro, procura essa decorrente de uma ou mais hipóteses livremente

⁴³⁹ V. ICHINO, Giovanna. Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale. In: UBERTIS, Giulio. *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Giuffrè: Milano, 1992, p. 109-168, especialmente p. 135-148. Marcelo Mendroni também usa o termo *ato de averiguação*. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de investigação criminal*, obra citada, 2008, p. 89-91.

formuladas sobre a matéria em apuração e viabilizada pelo emprego dos devidos meios e procedimentos técnico-jurídicos⁴⁴⁰.

Na preparação, por exemplo, de demanda civil indenizatória por danos materiais e morais, a parte interessada no futuro ajuizamento costuma coletar documentos e se informar sobre eventuais testemunhas e métodos técnico-científicos pertinentes e relevantes para a comprovação dos enunciados fáticos que sustentam a pretensão processual que deseja levar a juízo. Pode mesmo vir a requerer a produção antecipada de prova, como o depoimento de testemunha gravemente doente, como autorizado pelos arts. 846 a 851 do CPC. E, antes *ou depois* do ajuizamento da cogitada demanda, o juiz competente poderá, com base nos arts. 839 a 843 do CPC, decretar a busca e apreensão de determinada coisa reputada imprescindível para o acerto dos enunciados fáticos ali relevantes. Atividades assemelhadas ocorrem na preparação (*ou instrução*) de demanda trabalhista, por improbidade administrativa ou, o que aqui nos interessa, criminal.

No âmbito criminal, a atividade investigativa é mais destacada: a Constituição da República faz expressa menção à apuração de infrações penais no § 1º, I, e no § 4º de seu art. 144; são instituídos órgãos e autoridades especializados no tema; o art. 4º do CPP dispõe que “a polícia judiciária⁴⁴¹ (...) terá por fim a apuração das infrações

⁴⁴⁰ V. LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 168-179. V. tb., com parciais discordâncias: RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa do investigado. In: RASCOVSKI, Luiz (coord). *Temas relevantes de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 111-147. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (coord). *Temas relevantes de Direito Penal e Processual Penal*, obra recém-citada, p. 149-171. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de investigação criminal*, obra já citada, p. 89-123. CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público*. São Paulo: RT, 2007, p. 50-83. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 117-119. FREIRE E SILVA, Bruno. FLORENTINO, Carlos Manoel Leite Gomes. Uma análise da tendência de aumento dos poderes do juiz no campo das provas e os seus necessários limites diante de princípios e regras. In: *Provas – aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009, p. 65-82.

⁴⁴¹ O termo *polícia judiciária*, utilizado até mesmo pela Constituição da República Brasileira (art. 144, § 1º, IV, e § 4º), é originário dos sistemas francês e italiano, nos quais o Ministério Público, destinatário da investigação em infrações de ação penal pública, integra o Judiciário (v. art. 65 da Constituição Francesa, que se refere a “autoridade judiciária”, e arts. 104 a 109 da Constituição Italiana, a qual ora faz referência a “função jurisdicional”, ora a “poder”, ora simplesmente a “magistratura”, mas sempre abarcando o Ministério Público). V. GUINCHARD, Serge. BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*. 6 ed. Paris: Litec, 2010, p. 575-704. No Brasil, a expressão *polícia judiciária*, embora consagrada, leva ao equívoco de se pensar que o trabalho da polícia, através do inquérito policial, seria imediatamente destinado aos juizes criminais, o que seria, no mínimo, afrontoso ao sistema acusatório e ao princípio do contraditório (não aplicado ou muito mitigado na fase investigativa). Talvez tivesse sido mais esclarecedor se tal função fosse chamada *polícia investigativa*. Bruno Calabrich (na obra *Investigação criminal pelo Ministério*

penais e da sua autoria”; regulamenta-se com muito mais detalhe seus atos e procedimento (normas sobre o inquérito policial, leis específicas sobre medidas investigativas e, para os que admitem sua constitucionalidade, disposições sobre feitos investigativos conduzidos por outros órgãos e instituições, como o Ministério Público). Isso se dá porque tudo o que envolve o ajuizamento de demanda criminal e a instrução do correspondente processo diz respeito a direitos extremamente sensíveis, como a liberdade, a honra, a intimidade, a segurança individual (do imputado e da suposta vítima) e a segurança pública (da coletividade supostamente afetada). O mero ajuizamento de demanda penal injusta constitui dano irreparável ao demandado. Por outro lado, a má preparação ou instrução de processo penal justamente iniciado pode implicar a impunidade de pessoa merecedora de sanção penal.

Analisa-se, a seguir, as quatro partes do conceito aqui apresentado de *ato de investigação*, já sob enfoque jurídico-criminal: 1) procura por elementos informativos em sentido amplo (frequentemente indicadores de fontes de prova e, excepcionalmente, reveladores de elementos probatórios cautelares, irrepetíveis ou

Público. São Paulo: RT, 2007, p. 92-101) critica a definição fornecida pelo art. 4º do CPP e apresenta outra perspectiva, sob interpretação sistemática do art. 144 da Constituição da República. Para tal autor, seriam *três* as principais funções da polícia: *administrativa* (policamento ostensivo, para prevenção e repressão imediata de crimes), *investigativa* (apuração de crimes) e *judiciária* (auxílio armado ao Poder Judiciário na execução de seus atos e decisões). Quanto ao ponto, eis a redação do art. 144 da CR: “Art. 144. (...): § 1º A polícia federal (...) destina-se a: I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento (...) da União (...), assim como outras infrações (...); (...) IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. § 2º A polícia rodoviária federal (...) destina-se (...) ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais. § 3º A polícia ferroviária federal (...) destina-se (...) ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais. § 4º Às polícias civis (...) incumbem (...) as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais (...). § 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; (...)” Segundo Bruno Calabrich, a três evidências constitucionais disso estariam no dispositivo ora transcrito: a primeira, porque seus incisos I e IV do § 1º diferenciaram, uma vez que as trataram separadamente, as atividades de “apurar [sem exclusividade] infrações penais” (inciso I – polícia *investigativa*) e de “exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União” (inciso IV – polícia *judiciária*); a segunda, porque seu § 4º expressamente destaca, como espécies distintas, “as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais”; a terceira, porque a atividade de policiamento ostensivo e preservação da ordem pública (polícia *administrativa*) foi expressamente prevista nos seus §§ 2º, 3º e 5º. Perto dessa linha parece ter seguido a 6ª Turma do STJ, no HC 256.118 (j. 27.05.2014, pub. DJe 09.06.2014, rel. Min. Maria Theresa de Assis Moura): “(...) A Constituição da República diferencia as funções de polícia judiciária e de polícia investigativa, sendo que apenas a primeira foi conferida com exclusividade à polícia federal e à polícia civil.”. Tb. da 6ª Turma do STJ, o REsp 332172/ES (j. 24.05.2007, pub. DJe 04.08.2008). E, no STF, v. HC 87610/SC, Segunda Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 27.10.2009, pub. DJe 04.12.2009: “(...) Função de polícia judiciária e função de investigação penal: uma distinção conceitual relevante, que também justifica o reconhecimento, ao Ministério Público, do poder investigatório em matéria penal. Doutrina. É plena a legitimidade constitucional do poder de investigar do Ministério Público, pois os organismos policiais (embora detentores da função de polícia judiciária) não têm, no sistema jurídico brasileiro, o monopólio da competência penal investigatória.”.

antecipados, ou reforçadores das provas convergentes); 2) referência a suposto fato penalmente típico, ilícito, culpável e punível; 3) decorrência de uma ou mais hipóteses livremente formuladas sobre a matéria em apuração; e 4) viabilização pelo emprego dos devidos meios, recomendações técnicas e procedimentos jurídicos.

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)

A reconstrução argumentativa – sempre aproximativa, nunca integral⁴⁴² – de fato pretérito com suposta relevância penal se inicia com a interna formulação, pelo interessado, de hipótese sobre o ocorrido⁴⁴³, mas se externaliza, dinamicamente, pela busca de dados objetivos referentes ao suposto fato penalmente relevante sob reconstrução, chamados *elementos penais informativos*, até que se chegue a conclusão considerada satisfatória (ou à assumida perplexidade), permitindo-se a formação da *opinio delicti* (positiva ou negativa; ministerial, privada ou defensiva⁴⁴⁴).

Como já adiantado, *em sentido estrito*, elemento penal informativo (aqui

⁴⁴² V. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 52-54. MANZANO, Luis Fernando de Moraes. *Prova pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2010, p. 17-18. ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão no processo penal como bricolage de significantes*. Tese de doutoramento. Curitiba: UFPR, 2004, p. 360-390. Nessa linha, ainda que se sustente a *busca* da (inalcançável) verdade como finalidade do sistema probatório penal, tem-se, na *idealidade*, uma função *demonstrativa* para a prova, em tensão, na *faticidade*, com uma função *persuasiva*.

⁴⁴³ V. subitem 3.2.3, logo abaixo.

⁴⁴⁴ Embora tradicionalmente se correlacione a *opinio delicti* à convicção ensejadora do oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, o convencimento sobre suposto crime punível pode, do ponto de vista objetivo, ser *positivo* ou *negativo* (conforme se conclua, afirmativa ou negativamente, sobre a existência e a suficiência de inicial fundamento cognitivo quanto a tal fato). E, do ponto de vista subjetivo, a *opinio delicti* pode ser formada pelo Ministério Público (como já aceito pelo senso comum), por *particular* (no caso da chamada ação penal privada) e, contra a tradição do termo, até mesmo pela *defesa* (afinal, o investigado e sua defesa têm direito a formar convencimento sobre o suposto fato, até mesmo para combaterem constrangimentos ilegais ou se prepararem para eventual processo penal cognitivo-condenatório). Apesar de soarem heterodoxas, são plenamente coerentes com os pressupostos deste trabalho, ao lado da tradicional *opinio delicti ministerial e positiva*, as expressões *opinio delicti (ministerial) negativa*, *opinio delicti particular* (positiva ou negativa) e – a mais inusitada – *opinio delicti defensiva* (positiva ou negativa). V. SAAD, Marta. *Exercício do direito de defesa no inquérito policial* e, da mesma autora, *O direito de defesa no inquérito policial*, op. cit.

também chamado de *mero elemento de informação* ou *elemento investigativo*) é o dado objetivo colhido sem regular contraditório judicial, geralmente (mas nem sempre) em fase pré-processual penal, referente ao suposto fato penalmente relevante sob reconstrução e passível de ser posteriormente reproduzido na fase e modo processualmente próprios (p.e., a afirmação de suposta vítima ou testemunha perante autoridade policial presidente do inquérito correlato; ou a declaração verbal, contra ou a favor do imputado, ocorrida paralelamente ao curso de processo penal). Ainda em fase pré-processual, pode-se vislumbrar no mero elemento de informação um elemento de prova *pós-constituível*, ou seja, um *potencial* elemento de prova. *Em sentido amplo*, elemento penal informativo (ou de informação) é expressão que contempla os elementos informativos em sentido estrito (ou meros elementos de informação) e os elementos de prova (pré ou pós-constituídos) – nesse sentido, *elemento de prova* pode ser entendido como elemento informativo qualificado (jurídica e epistemologicamente) por ter sido colhido sob regular contraditório judicial ou, quando ausente este, justificado por situações de irrepetibilidade, cautelaridade ou legítima antecipação, conforme a ressalva feita no *caput* do art. 155 de nosso CPP.

Uma vez descoberta a subtração de grande quantidade de dinheiro do cofre-forte de um banco (ou o desvio pecuniário na conta bancária de um município), o responsável pela apuração do fato deverá colher o máximo de informações inicialmente disponíveis e formular uma hipótese (p.e., a máscara encontrada à saída do cofre-forte talvez pertença ao responsável pela subtração; quem desviou o dinheiro municipal possivelmente tinha regular acesso à respectiva senha bancária). Com base nessa hipótese, buscam-se novos dados objetivos, que possam confirmá-la ou negá-la (p.e., os cabelos encontrados na referida máscara são encaminhados para exame de identificação genética; funcionários municipais são ouvidos, para que se saiba quem possuía acesso à respectiva senha bancária). Os novos dados objetivos eventualmente obtidos geram novas hipóteses, que, submetidas a novo teste, possibilitam a obtenção de ainda mais novos dados objetivos.

Tal sequência (hipótese, teste, dado, nova hipótese, novo teste, novo dado), ao mesmo tempo que impulsiona a reconstrução argumentativa dos fatos até a formação da *opinio delicti*, frequentemente revela *fontes de prova*, as quais, caso seja oferecida denúncia criminal, poderão ser exploradas sob contraditório judicial (p.e., os

cabelos encontrados na referida máscara se demonstram fonte real de prova quanto à presença da pessoa “X” no contexto da imaginada subtração; o funcionário municipal “Y”, ouvido unilateralmente durante a investigação, demonstra-se fonte pessoal de prova sobre quem possuía acesso à mencionada senha bancária).

Excepcionalmente, a sequência “hipótese, teste, dado, nova hipótese, novo teste, novo dado” permite a coleta ou indicação de elementos de *prova*, justificados por situações de irrepetibilidade, cautelaridade ou legítima antecipação, como previsto no art. 155 do CPP (o laboratório onde foi realizado o exame de identificação genética nos cabelos encontrados na referida máscara, e onde estes estavam custodiados, é misteriosamente incendiado, tornando irrepetível a perícia já feita; o funcionário municipal “Y”, ouvido unilateralmente durante a investigação, é acometido por doença agressiva, tornando-se urgente seu depoimento cautelar em juízo, antes mesmo da abertura da instrução probatória). O caso mais comum e incontroverso dessa coleta elementos de *prova* pré-constituídos é a obtenção de *documentos* relevantes (os quais *são* fontes de prova e *contêm* elementos probatórios antecipadamente constituídos).

Além disso, como pontuado por Antonio Magalhães Gomes Filho⁴⁴⁵, diante da locução adverbial “não exclusivamente” no texto do art. 155 do CPP⁴⁴⁶, é admissível que o juiz da causa valore *elementos informativos em sentido estrito*, desde que sejam *convergentes* com as provas produzidas sob contraditório judicial. Vale dizer: fora das situações de irrepetibilidade, cautelaridade ou legítima antecipação⁴⁴⁷, o novo texto do art. 155 do CPP admitiu a valoração judicial dos aqui denominados *elementos investigativos convergentes*. Tal modulação foi objeto de controvérsia entre Senado Federal e Câmara dos Deputados, prevalecendo o entendimento desta, como casa legislativa originária, segundo o qual o juiz criminal pode fundamentar sua decisão *concorrentemente* nos elementos informativos *pós-constituíveis*, ou seja, naqueles colhidos unilateralmente e fora das hipóteses de provas cautelares, irrepetíveis ou legitimamente antecipadas⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ Cf. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas, obra citada, p. 251-252.

⁴⁴⁶ Art. 155 do CPP: “O juiz (...), não podendo fundamentar sua decisão *exclusivamente* nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

⁴⁴⁷ V. Capítulo 1, subitem 1.4.1.

⁴⁴⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*, obra citada, p. 154-157.

Pelo que se depreende dos debates legislativos que resultaram na proposital manutenção da locução adverbial “não exclusivamente” no texto do art. 155 do CPP, o legislador brasileiro, sob provável ranço da busca pela verdade real, entendeu ser politicamente importante que nada colhido na investigação fosse desconsiderado de partida pelo juiz, no momento de decidir o mérito da demanda penal cognitivo-condenatória⁴⁴⁹. Trata-se, contudo, de evidente restrição ao princípio constitucional do contraditório. Portanto, há que se discutir a justificação constitucional e a proporcionalidade de semelhante restrição.

A primeira questão diz respeito à possibilidade abstrata de compressão, por lei ordinária, da norma constitucional que assegura “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral (...) o contraditório” (art. 5º, LV, da CR). De um lado, esse comando constitucional não estabelece detalhamento normativo sobre o conteúdo e a extensão do contraditório. De outro lado, o princípio do *devido* processo legal certamente inclui a *justa* coleta de dados esclarecedores da causa a ser julgada. Com isso, seria *inicialmente* admissível que o legislador ordinário desse contornos juridicamente proporcionais à garantia do contraditório. Trata-se, pois, de se cogitar da adequação, necessidade e razoabilidade intrínseca dessa restrição.

Deve-se perguntar se a valoração de meros elementos informativos pelo juiz da causa, quando aqueles se demonstrem convergentes com a prova regularmente produzida, seria *adequada* para a coleta de dados esclarecedores da causa a ser julgada, ou seja, se o fim desejado (otimização do acerto dos fatos relevantes) é alcançado com o meio empregado (consideração, pelo juiz, de dados unilaterais). A resposta é parcialmente afirmativa: de um lado, o aumento do universo de informações acessáveis pelo juiz tende a lhe fornecer melhor material reconstrutivo; de outro lado, contudo, a qualidade epistemológica dos dados criminais unilateralmente produzidos tende a ser prejudicada (salvo casos excepcionais, como vítimas e testemunhas ameaçadas, que somente se sentem seguras longe do contato com o imputado). A restrição legal em exame, desse modo, não é integralmente aprovada no teste de *adequação*, de modo que só se valida quando for

⁴⁴⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*, obra citada, p. 154-157.

especialmente necessária e razoável.

Indague-se, pois, se a valoração judicial dos elementos investigativos convergentes com a prova seria *necessária* para a otimização do acerto dos fatos relevantes. Na maioria dos casos, não o seria: afinal, se os elementos investigativos convergem com a prova posteriormente colhida, esta supriria integralmente a necessidade daqueles. Entretanto, vislumbram-se pelo menos duas hipóteses excepcionais em que aqueles se fazem necessários para a referida otimização do acerto (partindo-se do pressuposto legislativo de que a plenitude deste é um bem).

A primeira dessas hipóteses de necessidade é ilustrada pela existência, nos autos do processo-crime judicial, de provas igualmente fortes e contrapostas (p.e., testemunhos judiciais insolavelmente conflitantes). Nessa situação, o Senado Federal havia optado pelo favorecimento ao imputado. Entretanto, a Câmara dos Deputados, detentora da palavra final por ter sido a casa legislativa originária, optou pela consideração judicial, como inusitado *critério de desempate*, dos elementos investigativos convergentes com (parte da) prova colhida em contraditório.

A segunda hipótese de necessidade decorre de situações de perda natural da qualidade informativa de fonte probatória. Exemplos: a testemunha, ouvida anos antes em fase pré-processual, fornece muitos detalhes que, à época da regular instrução processual sob contraditório judicial, acaba por esquecer ou não poder mais afirmar com segurança (embora se lembre de que, na fase pré-processual, prestara declarações em situação de plena liberdade); o impresso documental, juntado anos antes em inquérito policial mediante despacho narrativo de seu conteúdo, tem sua tinta esmaecida em certas letras e números. Nesses exemplos, para otimizar o acerto dos fatos é necessário que o juiz considere o depoimento pregresso de testemunha ou despacho narrativo do conteúdo documental, desde que haja convergência (embora não se exija coincidência) entre tais elementos investigativos e os elementos de prova integrantes dos autos.

Bem se conclui que a analisada restrição legal ao princípio do contraditório se demonstra *necessária* apenas em casos excepcionais.

Resta discutir a razoabilidade intrínseca (proporcionalidade em sentido estrito) dessa restrição ao princípio do contraditório. Questiona-se: seria *justo* que dados unilateralmente constituídos pudessem fundamentar o convencimento judicial criminal? Nos casos de irrepetibilidade, cautelaridade ou legítima antecipação⁴⁵⁰, sim. Em caso de provas igualmente fortes e contrapostas, assim como no de perda natural da qualidade informativa de fonte probatória, também. Quaisquer outras hipóteses (sendo a mais comum delas a ausência injustificada de renovação, sob contraditório judicial, de testemunhos pré-processuais), devem ser rigorosamente desconsideradas pelo juiz da causa, sob pena de restrição desproporcional (violação, portanto) ao princípio constitucional do contraditório⁴⁵¹.

E mais: ainda que aprovados no mencionado filtro e judicialmente considerados, os elementos investigativos merecem variável força persuasiva, conforme as circunstâncias em que foram colhidos. Ilustrativamente: há maior verossimilhança nos elementos colhidos em interrogatório ou depoimento testemunhal pré-processuais em que o imputado se encontre em liberdade e se faça presente e acompanhado por defensor constituído; há menor verossimilhança nos elementos colhidos em interrogatório ou depoimento testemunhal pré-processuais em que o imputado se encontre preso, ausente ou tecnicamente desassistido⁴⁵².

As situações e exemplos até aqui mencionados neste subitem apenas contemplam atos investigativos pré-processuais. Mas há também atos de investigação em pleno curso do processo e até depois dele – os quais, igualmente, buscam elementos informativos para a reconstrução aproximativa de caso penal e acabam reflexamente funcionando como indicadores de fontes de prova (embora, se forem realizados após a abertura da instrução processual, logicamente não possam conduzir a elementos *pré-constituídos* ou *unilaterais*).

⁴⁵⁰ V. Capítulo 1, subitem 1.4.1.

⁴⁵¹ Por exemplo: os detalhes de narração testemunhal, em fase pré-processual, sobre desentendimento agressivo entre acusado e suposta vítima, podem ser considerados na valoração judicial do posterior testemunho em juízo (quando, anos depois, a testemunha afirma, em audiência, lembrar-se da disputa, mas não mais de suas particularidades); por outro lado, narração testemunhal pré-processual que tranquilamente poderia ter sido repetida em juízo (e, injustificadamente, não o fora) deve ser ignorada pela valoração judicial.

⁴⁵² MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*, obra citada, p. 154-157.

É exemplo de ato investigativo no curso do processo a diligência requerida por qualquer das partes, motivada por elemento produzido na instrução probatória, nos termos do art. 402 do CPP. Imagine-se que determinada pessoa é referida no depoimento de testemunha, como sendo importante para o esclarecimento de ponto controvertido relevante (art. 209, § 1º, do CPP). A formulação de hipótese sobre a utilidade daquele novo testemunho, a proposição daquela nova fonte de prova e o requerimento de sua exploração sob contraditório judicial são atos de investigação, repita-se, em pleno curso do processo (embora tradicionalmente se entenda que esse exemplo se enquadraria entre os *atos de prova* ou de *instrução probatória*⁴⁵³). Cabe, desde já, discordando de Aury Lopes Júnior⁴⁵⁴, pontuar a diferença entre *atos de investigação em pleno curso do processo* e *atos de instrução processual*: os *atos de investigação em pleno curso do processo* são ordinariamente (ou exclusivamente) das *partes* e dizem respeito à *pesquisa e descoberta* de elementos de informação e à *proposição*⁴⁵⁵ das fontes (ou, conforme a perspectiva, dos *meios*) de prova apontadas por estes, a serem exploradas sob contraditório judicial; os *atos de instrução processual* são exclusivos do órgão *judicial* que preside o feito e se referem às *decisões* sobre a admissibilidade e produção (também chamada *assunção*) de prova requerida por parte legítima.

É exemplo de ato investigativo após o processo a busca de elementos de informação destinados à propositura de revisão criminal fundada no art. 621, III, do CPP⁴⁵⁶, de modo que inéditos elementos investigativos venham a ser posteriores à instrução

⁴⁵³ V. abaixo, subitem 3.2.3.

⁴⁵⁴ V. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. v. 1. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 132 e 526-528. Em tal passagem, Aury Lopes Júnior deixa clara, ao distinguir poderes investigatórios (mediante atos de investigação) e poderes instrutórios (mediante atos de prova), a adoção de critério eminentemente temporal: os poderes investigatórios (e os atos de investigação) seriam pré-processuais, enquanto os poderes instrutórios (e os atos de prova) seriam processuais. No subitem 3.2.3, logo abaixo, será demonstrado que tal distinção não é rigorosa, até mesmo porque há atos de investigação após a instauração do processo penal (p.e., a defesa pode e deve buscar novas fontes de prova durante o curso processual), e há atos de prova anteriores à instauração do processo penal (é o caso, já apontado acima, das provas penais pré-constituídas – v. subitem 1.4.1, acima); ademais, tratando-se de tema central da cognição judiciária, demonstra-se mais promissor o estabelecimento de critério estritamente epistemológico (distinguindo-se *proposição* e *deliberação* sobre fontes de prova).

⁴⁵⁵ Interessante notar que a proposição de prova, já em processo penal instaurado, é aqui apontada como *ato* de investigação (o último da cadeia investigativa), embora não integre a *fase* investigativa.

⁴⁵⁶ “Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: (...) III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.”

probatória originária. E, de modo imperfeito, pode-se cogitar de investigação posterior quando ocorre o arquivamento dos autos por ausência de base informativa para o oferecimento de denúncia – segundo o art. 18 do CPP e o Verbete nº 524 da Súmula do STF, mesmo depois do arquivamento são admissíveis novas pesquisas sobre suposto crime, se o legítimo interessado tiver notícia de outras fontes probatórias.

Pelos fundamentos apresentados no presente subitem, pode-se reafirmar que o ato investigativo ocorre antes, durante ou depois do correspondente processo penal cognitivo-condenatório e é *imediatamente* um buscador de elementos informativos para a reconstrução aproximativa de caso penal, embora acabe *reflexamente* funcionando como indicador de fontes de prova e, excepcionalmente, conduzindo a elementos probatórios cautelares, irrepetíveis ou antecipados e, no seio de eventual processo, reforçando as futuras provas convergentes com os elementos investigativos unilateralmente colhidos. Ele se manifesta em diversos momentos, desde as pesquisas iniciais, inspiradas em hipóteses internas do investigador, até a proposição de provas em eventual processo judicial⁴⁵⁷.

Para concluir o tópico, cabe ressaltar a distinção lógica entre os atos investigativos e o conteúdo cognitivo (incriminador ou exonerador) que conseguem angariar: os atos investigativos manifestam-se por meios e técnicas com os quais se buscam conteúdos cognitivos, aqui denominados *elementos informativos em sentido amplo*. Quando colhidos na fase pré-processual, tais elementos são *informativos* da *opinio delicti* (positiva ou negativa; ministerial, privada ou defensiva). Quando obtidos já na fase processual, tais elementos são *informativos* do debate probatório. Um exemplo da distinção entre atos investigativos e o seu conteúdo cognitivo na fase pré-processual: a procura, identificação e tomada de depoimento policial das testemunhas de determinado homicídio são atos investigativos; as conclusões, com base nos depoimentos prestados em sede policial, de que as testemunhas “X”, “Y” e “Z” provavelmente dirão “X1”, “Y1” e “Z1”, em eventual processo judicial, são elementos informativos. Um exemplo de tal distinção já na fase processual: após requerimento defensivo, a requisição judicial de encaminhamento, aos autos, de dados bancários de terceiro, cujo nome surgiu durante a instrução probatória, é ato de investigação; o conteúdo dos documentos, independentemente e antes de qualquer

⁴⁵⁷ V. abaixo, subitem 3.2.3.

valoração é elemento de prova (um dado bruto, ainda não submetido a qualquer juízo); a conclusão que se extrai da análise dos dados bancários encaminhados é resultado da prova. Quando conseguidos após o encerramento do feito, são *informativos* de eventual nova demanda (revisão criminal fundada no art. 621, III, do CPP, ou denúncia lastreada em inéditos elementos investigativos obtidos após arquivamento, sob autorização do art. 18 do CPP e nos termos do Verbete nº 524 da Súmula do STF) – nesses casos, obedecem à lógica dos elementos colhidos na fase pré-processual.

Importante subespécie de *elemento informativo indireto* (processual ou pré-processual) é constituída pelos *indícios*, no sentido do art. 239 do CPP. Conforme a lição de Maria Thereza Rocha de Assis Moura, indício é o rastro, vestígio, sinal ou outro fato conhecido e provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de fato correlato e desconhecido, por meio de raciocínio inicialmente indutivo (“para ligá-lo a uma regra geral, fundada na observação do que ordinariamente acontece em fatos análogos”) e posteriormente dedutivo (“da regra da experiência, por dedução, se desce à aplicação ao caso concreto, para inferir-se o fato desconhecido ou indicado”)⁴⁵⁸. Todavia, como já alertado acima⁴⁵⁹, a palavra indício é polissêmica em nosso CPP: no sentido do art. 239 do CPP, é elemento informativo *indireto*; já nos arts. 126 (sequestro de imóveis), 312 (prisão preventiva) e 413 (pronúncia, no procedimento do júri), o CPP se refere a indício como *prova semiplena*, elemento informativo *de menor valor persuasivo* (ou do resultado persuasivo produzido por este em seu destinatário).

3.2.2. Referência a suposto fato penalmente típico, ilícito, culpável e punível

Há conflito filosófico entre as funções *demonstrativa* e *persuasiva* de qualquer elemento informativo em sentido amplo. Sob a ideia de reconstrução

⁴⁵⁸ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. Reimpressão. Rio de Janeiro: 2009, Lumen Juris, p. 30-41.

⁴⁵⁹ V. Capítulo 1, subitem 1.4.

aproximativa⁴⁶⁰, ainda que se sustente a *busca*⁴⁶¹ da (inalcançável) verdade como finalidade do sistema probatório penal, tem-se, na *idealidade*, uma função *demonstrativa* para os elementos informativos em sentido amplo, em tensão, na *faticidade*, com uma função *persuasiva*. A avaliação da qualidade epistemológica dos elementos informativos consiste, em boa parte, na análise de sua aptidão para demonstrar algo a alguém (ou persuadir alguém sobre algo). Ainda que pareça estranho se pensar em (auto)convencimento na fase investigativa (na qual o investigador é o destinatário dos elementos informativos que colhe, seja ele o Estado-Persecutor, o particular ofendido ou o imputado e sua defesa), a formação da *opinio delicti* tem inevitável dose de *deixar-se convencer pelo que foi apurado*. Apesar de, idealmente, ser buscada na investigação criminal a demonstração, para si mesmo, daquilo que se deseja posteriormente demonstrar perante terceiros, há, na prática, forte influência de raciocínio persuasivo, antecipando-se na própria consciência um futuro e eventual juízo de terceiro (“se eu apresentar tais dados a terceiro, o que ele pensará?”).

Ponto especialmente obscuro no léxico probatório diz respeito aos conceitos de *pertinência* e *relevância* probatórias.

Giulio Ubertis, nesse campo semântico, apresenta os conceitos de verossimilhança, pertinência, relevância e teor informativo (*concludenza*) da prova, considerando-os, nessa ordem, um pressuposto do outro. Tanto a verossimilhança quanto a pertinência diriam respeito à hipotética verificabilidade dos fatos imaginados (na investigação) ou alegados (na proposição probatória): a *verossimilhança* se preocuparia com a inserção de tais fatos no universo epistemológico socialmente dominante (“a vítima X pilotava motocicleta sob grande velocidade” seria, nesse sentido, asserção verossímil; “a vítima X era capaz de levitar por longos períodos” seria asserção inverossímil); já a *pertinência* cuidaria da relação entre a asserção fática (já reputada verossímil) e a controvérsia (fatos da causa), sendo pertinente a investigação ou proposição probatória que se destine a afirmar algo aparentemente promissor quanto à controvérsia. Para o referido autor, a *relevância* probatória cuidaria da adequação abstrata das fontes buscadas e dos meios propostos (já considerados verossímeis e pertinentes) para contribuir no

⁴⁶⁰ V. FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão, op. cit., p. 52-54. MANZANO, Luis Fernando de Moraes. *Prova pericial*, op. cit., p. 17-18. ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão no processo penal como bricolage de significantes*, op. cit., p. 360-390.

⁴⁶¹ BADARÓ, Gustavo, *Processo Penal*, obra citada, p. 266-269.

esclarecimento da controvérsia. Finalmente, Giulio Ubertis conceitua teor informativo (*concludenza*) da prova como o peso concreto ostentado por elemento de prova já produzido⁴⁶².

Para os fins deste estudo, será adotada a definição de Taruffo⁴⁶³ e Antonio Magalhães Gomes Filho⁴⁶⁴: ambos os conceitos apontam para a correspondência entre o conteúdo informativo vislumbrado em determinada fonte de prova e as asserções fáticas a serem enfrentadas na causa; a *pertinência*, em paralelo com a *materiality* do *common law*, se relaciona aos fatos principais da causa (p.e., “o acusado efetuou disparos contra a vítima?”); a *relevância*, especialmente relacionada à prova indireta e homóloga à *relevance* do *common law*, corresponde a fatos secundários (p.e., “o acusado fora à casa da suposta vítima momentos antes de esta ser encontrada morta?” ou “o acusado é reincidente?”). Em suma: pela terminologia aqui adotada, o enunciado fático a ser provado é *pertinente* se, em tese, tem potencial para afirmar ou negar temas centrais da imputação; e é *relevante* se, em tese, tem aptidão para dizer ou desdizer sobre circunstâncias auxiliares à reconstrução fática.

Na fase pré-processual, todo elemento de informação lícitamente alcançável que aparentemente contribui para a formação de *opinio delicti* (positiva ou negativa, ministerial, privada ou defensiva) deve ser considerado pertinente ou relevante e, obedecida eventual necessidade de autorização judicial, franqueado ao investigador privado e buscado pelo órgão investigador estatal⁴⁶⁵.

Na fase processual, toda fonte de prova lícitamente alcançável que aparentemente contribui para a reconstrução dos fatos alegados em juízo deve ser considerada pertinente ou relevante, mas há muitas ponderações cabíveis quanto à sua

⁴⁶² UBERTIS, Giulio. La ricerca della verità giudiziale. In: UBERTIS, Giulio (coord). *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 16-31.

⁴⁶³ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*, obra citada, p. 337-351.

⁴⁶⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 130-133. Do mesmo autor, Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal: Projeto nº 156/2009 do Senado Federal. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, nº 183, jul.-set. 2009, p. 35-45

⁴⁶⁵ Cabe aqui ressaltar o – dificilmente controlável – poder de fato da polícia quanto à apuração de fatos não documentados, verificados diariamente na rotina policial, tema abordado diretamente em SCHLACHETZKI, Nikolas. *Die Polizei – Herrin des Strafverfahrens? Eine Analyse des Verhältnisses von Staatsanwaltschaft und Polizei*. Berlim: Mensch & Buch, 2003, p. 45-148.

busca. Sobre isso se discorrerá no subitem imediatamente abaixo.

3.2.3. Decorrência de uma ou mais hipóteses livremente formuladas sobre a matéria em apuração

Investigar é formular e testar hipóteses sobre algo que não se pode, em princípio, tomar como certo⁴⁶⁶ – e, por outro lado, julgar é escolher entre proposições concorrentes e inicialmente equidistantes⁴⁶⁷.

Um cidadão desinteressado, ao sair cedo de casa, encontra cadáver ensanguentado em pleno passeio público. Pelas circunstâncias, supõe que se trata de vítima de crime e, por isso, reporta o caso à polícia. Agentes e peritos policiais, designados para tanto, vão ao local e descobrem várias marcas de faca no cadáver, em cujos bolsos se encontra grande quantidade de dinheiro intocada. Formulam duas hipóteses complementares: aparentemente se trata de crime contra a vida, e provavelmente o agressor conhecia a vítima e com ela tivesse grande inimizade. Com isso, uma vez instaurado inquérito policial, encaminha-se o cadáver para exame necroscópico e se busca descobrir o máximo de informações sobre a suposta vítima – quem era, com o que trabalhava, com quem se relacionava, eventuais inimizades etc. A primeira hipótese é confirmada pelo exame necroscópico: a morte decorreu de instrumento pérfuro-cortante. Mediante as pesquisas inspiradas pela segunda hipótese, descobre-se que o falecido passava por turbulentas discussões com seu ex-sócio, o qual acusava o morto de lhe ter aplicado golpe financeiro. Formula-se nova hipótese: talvez esse ex-sócio tenha sido responsável pela morte. Concentram-se, então, as atenções no ex-sócio. E assim se desenrola a investigação pré-processual penal: formulam-se hipóteses, que são testadas e, conforme o resultado, dão ensejo a novos dados e novas hipóteses, até que se chegue a conclusões – ou se afirme a perplexidade – sobre fato aparentemente típico, ilícito,

⁴⁶⁶ V. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, v. 1. obra já citada, p. 527.

⁴⁶⁷ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 2 ed. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 591-592 (verbetes "juízo"). JAPIASSU, Hilton. MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de Filosofia*. 3 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 110-111 (verbetes "juízo").

culpável e punível, de modo a se orientar a formação da *opinio delicti* (positiva ou negativa).

No curso do processo também ocorrem atos de investigação. Imagine-se que, em processo penal decorrente de denúncia por lesão corporal grave, a testemunha “X” faça inédita referência à pessoa “Y”, a qual lhe teria dito que ouvira a vítima, na véspera da briga entre esta e o acusado, dizer que desejava ofendê-lo agressivamente quando o encontrasse. A defesa formula hipótese: talvez a testemunha referida “Y” corrobore em juízo o que lhe foi atribuído pela testemunha “X”, de modo a ser reforçada a tese defensiva de legítima defesa. E propõe em juízo, nos termos do art. 402 do CPP, a exploração daquela nova fonte probatória. Tem-se, também neste exemplo (e subjacente em toda proposição probatória), a formulação e o teste de hipótese.

Apesar da polêmica disposição do art. 616 do CPP⁴⁶⁸, na fase recursal não se costuma verificar ato de investigação: as hipóteses fáticas do caso penal já devem ter sido buscadas, propostas, admitidas, exploradas e valoradas perante o juízo *a quo*. O mais próximo que tal fase deve chegar da conduta investigativa é a discussão sobre o deferimento ou indeferimento, pelo órgão recorrido, de proposição probatória (na qual, como já dito, subjaz hipótese formulada pelo interessado). Ou a excepcional situação de a defesa⁴⁶⁹ continuar a buscar novas fontes após ter recorrido de sentença penal condenatória, com o fim de requerer novas diligências probatórias, nos termos da parte final do art. 616 do CPP.

Perceba-se que a formulação e o teste das hipóteses investigativas serão tão mais epistemologicamente rigorosas quanto maior for o estado inicial de ignorância

⁴⁶⁸ Art. 616 do CPP: “No julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências.”

⁴⁶⁹ Como se dirá abaixo, a autorização do art. 616 do CPP para o órgão recursal “proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências” só poderá ocorrer quando tais atos probatórios aparentemente favorecerem a defesa. Determinar tais diligências já em âmbito recursal mediante requerimento exclusivo da acusação seria premiar a ineficiência desta durante a instrução processual e, ao mesmo tempo, prejudicar irrazoavelmente o direito do imputado ao duplo grau de jurisdição. Determiná-las *ex officio* sem que haja potencial benefício ao imputado seria, além incorrer nos dois erros recém-referidos, violar a imparcialidade judicial objetiva em prejuízo do acusado.

sobre o tema investigado⁴⁷⁰. É também por isso que o princípio do *devido*⁴⁷¹ processo legal é muito mais tolerante com que os órgãos de persecução (ou de defesa) penal iniciem, instruem e concluam suas investigações criminais pré-processuais (que podem dar ensejo, na mais grave das hipóteses, a uma acusação), e muito menos permeável a tal concentração de papéis na iniciativa, instrução e decisão dos processos penais (que podem ensejar condenações). A investigação criminal pré-processual pode e deve ser iniciada, desenvolvida e concluída, por exemplo, pela mesma autoridade policial. Já o processo penal deve ser iniciado mediante provocação de pessoa ou instituição diversa de quem o julgará⁴⁷².

⁴⁷⁰ WASON, Peter. Reasoning about a rule. In: *Quarterly Journal of Experimental Psychology*, nº 20, 1968, p. 273-281. HAMMAN, Marcus et. al. Fehlerfrei Experimentieren. In: *Mathematisch-naturwissenschaftlicher Unterricht*, nº 59, caderno 5, 2006, p. 292-299. JONES, Edward. KOHLER, Rika. The effects of plausibility on the learning of controversial statements. In: *Journal of Abnormal and Social Psychology*, nº 57, 1959, p. 315-320. EDWARDS, K. SMITH, E. A disconfirmation bias in the evaluation of arguments. In: *Journal of Personality and Social Psychology*, nº 71, 1996, p. 5-24.

⁴⁷¹ São várias as decorrências normativas quando a Constituição da República determina que o processo legal seja o “devido”. Uma delas é a de que o órgão julgador seja *imparcial*, tanto do ponto de vista *subjetivo* (não seja pessoalmente comprometido com determinada parte) quanto no aspecto *objetivo* (a estrutura de julgamento deve inibir a vinculação precoce do julgador com as proposições fáticas das partes). V. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, v. 1. obra já citada, p. 131-139. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 135-142. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. In: *Revista de estudos criminais*, nº 1, 2001, Porto Alegre, p. 30-34.

⁴⁷² STF. Sessão plenária de 21.05.2014. Voto-vencedor do Ministro Relator, Roberto Barroso, julgando parcialmente procedente a ADI 5.104, ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra a Resolução nº 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral, que “dispõe sobre a apuração de crimes eleitorais” (destaques feitos aqui): “(...) 8. Como se sabe, a Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema acusatório – e não pelos sistema inquisitorial – criando as bases para uma mudança profunda na condução das investigações criminais e no processamento das ações penais no Brasil. De forma específica, essa opção encontra-se positivada no art. 129, inciso I – que confere ao Ministério Público a titularidade da ação penal de iniciativa pública –, e também no inciso VIII, que prevê a competência do *Parquet* para requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policiais. De forma indireta, mas igualmente relevante, a mesma lógica básica poderia ser extraída dos direitos fundamentais ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. O ponto justifica um comentário adicional. 9. O traço mais marcante do sistema acusatório consiste no estabelecimento de uma separação rígida entre os momentos da acusação e do julgamento. Disso decorrem algumas consequências, sendo duas delas de especial significado constitucional. Em primeiro lugar, ao contrário do que se verifica no sistema inquisitorial, *o juiz deixa de exercer um papel ativo na fase de investigação e de acusação*. Isso preserva a neutralidade do Estado julgador para o eventual julgamento das imputações, *evitando ou atenuando o risco de que se formem pré-compreensões em qualquer sentido*. Uma das projeções mais intuitivas dessa exigência é o princípio da inércia jurisdicional, pelo qual se condiciona a atuação dos magistrados à provocação por um agente externo devidamente legitimado para atuar. 10. Em segundo lugar, o sistema acusatório busca promover a paridade de armas entre acusação e defesa, uma vez que ambos os lados se encontram dissociados e, ao menos idealmente, equidistantes do Estado-juiz. Nesse contexto, *cabe às partes o ônus de desenvolverem seus argumentos à luz do material probatório disponível, de modo a convencer o julgador da consistência de suas alegações*. Afasta-se, assim, a dinâmica inquisitorial em que a figura do juiz se confunde com a de um acusador, apto a se valer do poder estatal para direcionar o julgamento – quase sempre no sentido de um juízo condenatório. 11. Esse conjunto de ideias encontra forte amparo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, destacando-se numerosos precedentes em que a Corte assentou a titularidade do Ministério Público sobre a ação penal e o *caráter limitado de que*

Tema dos mais polêmicos é o da constitucionalidade, em relação ao princípio acusatório, do que a doutrina majoritariamente denomina poderes “instrutórios” do juiz criminal⁴⁷³.

Ada Pellegrini Grinover e Marcos Alexandre Coelho Zilli admitem que o juiz criminal exerce iniciativa instrutória (aqui denominada *investigativa*), ou seja, traga potenciais fontes de prova para os autos, sem provocação dos legítimos interessados, desde que já instaurado o processo penal e respeitados o contraditório, o dever de motivação judicial e o caráter subsidiário-complementar de tal iniciativa⁴⁷⁴.

No presente trabalho, sustenta-se conceito restritivo de tais poderes.

Aury Lopes Júnior⁴⁷⁵ distingue poderes *investigatórios* (mediante *atos de investigação*) e poderes *instrutórios* (mediante *atos de prova*), através de critério eminentemente temporal: os poderes investigatórios (e os atos de investigação) seriam *pré-*

deve se revestir a interferência judicial sobre a condução das investigações. Nessa linha, a título de exemplo, a jurisprudência consolidou o entendimento de que é vinculante o pedido de arquivamento do inquérito efetuado pelo Procurador-Geral, que o juiz não pode determinar o oferecimento de denúncia ou o seu aditamento, *nem tampouco realizar diligências investigatórias por conta própria.* Esse quadro não se altera nem mesmo nos casos em que o inquérito se desenvolve desde logo perante o Judiciário, por força da existência de foro por prerrogativa de função. Mesmo nessa situação peculiar, o relator não assume a direção do inquérito, limitando-se a acompanhar os procedimentos e a decidir sobre a admissibilidade das medidas sujeitas à reserva de jurisdição. 12. Em suma, o sistema acusatório estabelece determinadas balizas para os procedimentos de investigação criminal, que devem ser desenvolvidos ordinariamente pela autoridade policial sob a supervisão do Ministério Público. Ainda que o legislador disponha de alguma liberdade de conformação na matéria, inclusive para tratar de contextos específicos como o da Justiça Eleitoral, não é válido que esvazie a opção do constituinte e crie para o juiz um poder genérico de direção dessa fase pré-processual. (...) Não parece válida, portanto, a previsão de que o juiz efetuará requisições para a instauração de inquérito. Como visto, o sistema acusatório segrega as fases de investigação, acusação e julgamento, *não sendo admissível que a autoridade judicial determine o rumo das investigações, em prejuízo de sua própria neutralidade.* (...) A titularidade da ação penal de iniciativa pública é do Ministério Público, o que pressupõe a prerrogativa de orientar a condução das investigações e formular um juízo próprio acerca da existência de justa causa para o oferecimento de denúncia. A independência da Instituição ficaria significativamente esvaziada caso o desenvolvimento das apurações dependesse de uma anuência judicial. (...)”

⁴⁷³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Provas*, obra já citada, p. 257-261. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. v. 1, obra já citada, p. 131-139. LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*, obra já citada, p. 168-179.

⁴⁷⁴ V. GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, nº 27, jul.-set. de 1999, São Paulo, p. 71-79. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *O poder instrutório do juiz no processo penal*, obra citada, p. 149-171.

⁴⁷⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. v. 1, obra já citada, p. 132 e 526-528.

processuais, enquanto os poderes instrutórios (e os atos de prova) seriam *processuais*. Essa distinção talvez decorra do protagonismo, na realidade brasileira, da investigação *policial* (que geralmente ocorre antes do processo penal cognitivo-condenatório), e é aparentemente sugerida nos dois incisos do art. 156 do CPP brasileiro. Ademais, teria a vantagem jurídico-garantista de expor a manifesta inconstitucionalidade de o órgão judiciário determinar, de ofício, medidas probatórias anteriores ao ajuizamento de demanda penal cognitivo-condenatória, em clara afronta à imparcialidade judicial objetiva, imposta pelo princípio do *devido* processo legal (art. 5º, LIV da CR).

Todavia, a investigação policial é apenas *uma* das modalidades do gênero investigação – não se discute, por exemplo, que a *defesa* possa, embora sem a coerção típica dos órgãos estatais, buscar fontes de prova que lhe sejam favoráveis, antes, durante ou após a instauração de processo penal cognitivo-condenatório. E mesmo a investigação *policial* pode ocorrer após a instauração de processo penal condenatório já instaurado – imagine-se que, após o oferecimento de denúncia criminal em face de “X”, a polícia investigativa receba notícia de fontes de prova que possam modificar completamente o panorama informativo que orientara a *opinio delicti*; certamente o órgão policial deverá buscar tais novas fontes probatórias e, se as encontrar, disso cientificar todos os interessados, em pleno curso processual ou, tratando-se de provas favoráveis à defesa, até mesmo após o trânsito em julgado de eventual condenação.

A distinção (poderes *investigatórios*, mediante *atos de investigação*, e poderes *instrutórios*, mediante *atos de prova*), embora aparentemente sugerida nos dois incisos do art. 156 do CPP brasileiro, não resiste às constatações de que há atos de investigação após a instauração do processo penal (as partes interessadas podem buscar novas fontes de prova durante o curso processual), e de que há atos de prova anteriores à instauração do processo penal (é o caso, já apontado acima, das provas penais pré-constituídas, referidas no art. 155 do CPP⁴⁷⁶).

Sobre a vantagem jurídico-garantista de, com a contraposição investigação/pré-processual *versus* instrução/processual, ser exposta a manifesta

⁴⁷⁶ V. Capítulo 1, subitem 1.4.

inconstitucionalidade na determinação judicial, *ex officio*, de medidas probatórias anteriores ao ajuizamento de demanda penal cognitivo-condenatória, será demonstrado logo abaixo que tal crítica também pode ser veiculada por distinção que não padeça das falhas teóricas recém-apontadas.

Poder-se-ia passar ao largo da polêmica sobre a busca judicial *ex officio* de fontes e excepcionais elementos de prova (arts. 156, 404 e 616 do CPP), bastando, aqui, dizer que os atos de investigação ocorreriam *extraprocessualmente* e os atos de instrução ocorreriam *intraprocessualmente*. Entretanto, além do mencionado óbice de existirem atos excepcionais de instrução penal fora do correspondente processo de conhecimento⁴⁷⁷, tal discrimen adota parâmetro demarcatório pobre: tratando-se de tema central da cognição judiciária, demonstra-se mais promissor o estabelecimento de critério diferenciador estritamente epistemológico.

Nesse contexto, quanto aos atos intraprocessuais, prefere-se distinguir, para os fins do presente trabalho, *investigação* e *instrução* a partir das ideias de *proposição* e *deliberação* sobre fontes (e, excepcionalmente, elementos pré-constituídos) de prova⁴⁷⁸. Os atos de *investigação* – antes, durante ou depois do processo penal cognitivo-condenatório – são típicos da polícia investigativa e das partes legitimamente interessadas⁴⁷⁹ e também dizem respeito à *proposição* de fontes – e, excepcionalmente, elementos pré-constituídos – de prova, a serem após explorados sob contraditório judicial (pleno, no caso das fontes, mitigado quanto aos elementos pré-constituídos). Os atos de *instrução processual* são exclusivos do órgão judicial que preside o feito e se referem às *decisões*

⁴⁷⁷ Por exemplo: o depoimento cautelar, sob contraditório judicial precoce, de testemunha ou vítima desenganada por doença grave.

⁴⁷⁸ V. TONINI, Paolo. CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 62: “Em um sistema penal inquisitório, a prova cabe ao juiz, o qual cumula os poderes de pesquisa, admissão, produção e valoração probatórias. O controle sobre a gestão da prova se torna impossível, carente de regras e garantias. Inversamente, em um sistema penal acusatório, que é o adotado pelo vigente CPP italiano, cabe às partes os poderes de pesquisar as fontes de prova e de requerer ao juiz a admissão do correspondente meio de prova. (...) *As partes cabe unicamente o poder de investigação e requerimento. Ao juiz, resta o poder de decidir sobre a admissão e valoração probatórias.* (...) O controle visa à imparcialidade do juiz.” (grifou-se aqui).

⁴⁷⁹ Cf. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*, obra já citada, p. 135-142. Outros autores também sustentam que os atos investigativos são exclusivos da polícia investigativa e das partes, mas pressupõem distinção entre investigação e instrução diversa da aqui adotada: cf. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Provas*, obra já citada, p. 257-261. GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório, obra já citada, p. , São Paulo. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, v. 1, obra já citada, p. 131-139. LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*, obra já citada, p. 168-179.

sobre a admissibilidade e produção (também chamada assunção) de prova requerida por parte legítima⁴⁸⁰.

Conforme a lição de Cândido Rangel Dinamarco⁴⁸¹, a *instrução* é a *preparação cognitiva* do provimento jurisdicional, destinada prioritariamente ao órgão judicial – rigorosamente, é ele o *instruído* sobre a credibilidade das alegações fáticas das partes. E Antonio Magalhães Gomes Filho ressalta a diferença entre o *livre convencimento* (assegurado ao juiz, na valoração das provas) e a *liberdade de prova* (assegurada prioritariamente às partes, durante a investigação e a instrução processual): “livre convencimento não significa a possibilidade de utilização, pelo juiz, de outras fontes de conhecimento, nem autoriza a busca da verdade a todo preço e custo”⁴⁸².

Com efeito, a exigência de imparcialidade judicial objetiva, imposta pelo princípio do *devido* processo legal (art. 5º, LIV da CR), determina a predominância das partes – especialmente da acusação – na formação do convencimento judicial⁴⁸³.

Por isso, o presente trabalho restringe os atos instrutórios às *decisões* sobre a admissibilidade e produção (também chamada assunção) de prova requerida por parte legítima, deixando toda *proposição* probatória (inclusive a formulada *ex officio* pelo órgão judicial presidente da causa) no âmbito dos atos de investigação – até mesmo para que se evidenciem eventuais traços de inquisitorialidade⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ Pela inconveniente polissemia da palavra *prova*, não se utiliza, aqui, a expressão “atos de prova”, verificada em LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. v. 1, obra já citada, p. 526-528. Afinal, tanto a investigação (busca, verificação prévia e proposição de fontes e excepcionais elementos de prova) quanto a instrução, e até mesmo a valoração seriam “atos de prova”.

⁴⁸¹ V. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 3. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 34: “instrução é o conjunto de atividades de todos os sujeitos processuais, destinadas a produzir a convicção no espírito do juiz”; p. 43: “o resultado a ser obtido mediante a instrução probatória é o conhecimento [pelo juiz] dos fatos e conseqüente firmeza para proferir a decisão”.

⁴⁸² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Provas*, obra já citada, p. 249.

⁴⁸³ Cf. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*, obra já citada, p. 135-142. MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 17-30. Lê-se em GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Provas*, obra já citada, p. 251: “No método *inquisitório* a pesquisa dos fatos é conduzida unilateralmente, com o propósito de confirmar, a todo preço e custo, uma hipótese de verdade previamente estabelecida pelo inquisidor, o que traz em si grave vício epistemológico. Ao contrário, o sistema informado pelo *contraditório*, permitindo a cada uma das partes apresentar provas contrárias para trazer elementos de confronto em relação as provas do adversário, enriquece-se o material probatório à disposição do juiz, aumentando a base cognitiva para o estabelecimento da verdade sobre os fatos”.

⁴⁸⁴ Seguindo-se a linha proposta por TONINI, Paolo. CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*, op. cit., p. 62-69. Embora Tonini e Conti tenham refletido sobre o contexto jurídico italiano (o qual, por sua vez, nisso recebeu influência dos ordenamentos de *common law*), a atribuição de atividade exclusivamente

Pelos pressupostos aqui lançados, quando a maior parte da doutrina polemiza sobre os poderes *instrutórios* do juiz, não se está discutindo o poder decisório sobre provas requeridas, mas se está invariavelmente perguntando sobre poderes *investigatórios* do órgão judicial que preside e julgará o feito: poderia este trazer fontes de prova para o processo sem ter sido provocado pelas partes? Pela literalidade dos recém-reformados arts. 156 e 404 do CPP, sim. E a resposta é do mesmo modo afirmativa, conforme a interpretação que se faça do – ainda não reformado – art. 616 do CPP. Para os autores que repelem radicalmente os poderes instrutórios do juiz criminal⁴⁸⁵, o problema está exatamente na vedação à livre formulação, pelo órgão judicial, de hipóteses probatórias. Como há muito ensinado por Franco Cordero⁴⁸⁶, apoiado em estudiosos de epistemologia judiciária, a formulação de hipóteses fáticas tende a comprometer a imparcialidade de seu formulador, que passa a, em maior ou menor grau, nelas crer e desejar que sejam demonstradas pelos correspondentes testes. Isso já seria problemático quanto a fatos empiricamente renováveis (por exemplo, o efeito da aceleração nos corpos). Quanto a fatos não empiricamente renováveis, como os discutidos em processos judiciais, isso compromete a imparcialidade judicial. Nos processos penais, nos quais a carga pejorativa imposta pela condição de demandado é incomparavelmente maior que nos processos civis⁴⁸⁷, tal comprometimento, *especialmente se for contra o acusado*, é inadmissível violação ao *devido* processo legal.

Pela dicção literal dos recém-reformados arts. 156 e 404 do CPP, o juiz criminal poderia, de ofício, determinar a realização de diligência probatória que considere relevante (art. 156) ou, no caso de realização após a audiência de instrução, imprescindível (art. 404). E, conforme a interpretação que se faça do – ainda não reformado – art. 616 do

reativo-decisória para o juiz criminal é também a que melhor se compatibiliza com o sistema acusatório instituído pela Constituição Brasileira de 1988, e é nesse sentido que tem evoluído, com a devida cautela, nossa jurisprudência: v., entre vários exemplos do Plenário e das Turmas do STF, ADI 5.104 (j. em 21.05.2014, Tribunal Pleno), e AgR no Inq. 2.913 (publicado em 20.06.2012, Tribunal Pleno).

⁴⁸⁵ Cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro, obra citada, p. 37-39. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. v. 1, obra citada, p. 131-139. LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*, obra citada, p. 168-179.

⁴⁸⁶ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986, p. 51.

⁴⁸⁷ V. MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. XXV-XXX (Introdução).

CPP, no julgamento das apelações, o órgão recursal poderia, de ofício, “proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências”.

Ora, para que um processo penal seja considerado constitucionalmente *devido*, a distribuição do ônus probatório penal deve pender fortemente para a necessidade de a acusação, caso mantenha o pleito condenatório, levar o órgão judicial ao convencimento acima de qualquer dúvida razoável quanto à tese acusatória. À defesa, se couber algum ônus ou interesse probatório, deverá ser o de gerar dúvida razoável quanto à tese acusatória⁴⁸⁸. Por isso, em todos os casos em que determinada diligência fosse imprescindível para a demonstração da tese acusatória, a parte acusadora a deveria requerer. Se não o fizesse, e o órgão judicial ainda a entendesse imprescindível, isso necessariamente significaria que a acusação não levara o órgão judicial ao suficiente grau de convencimento quanto à tese acusatória. Ao julgador só caberia absolver o denunciado, pois, repita-se, não lhe deve ser dada a possibilidade de, sem qualquer provocação da parte legítima, formular e testar hipóteses acusatórias, sob pena de se aumentar o risco de condenações penais injustas⁴⁸⁹.

A principal problematização dessa ideia adviria da situação em que determinada fonte probatória já explorada sob contraditório (documento, perito, testemunha, vítima etc.) “provoca” o órgão judicial sobre a necessidade de se explorar outra fonte de prova.

Imaginem-se dois exemplos, um de provocação aparentemente favorável à tese acusatória e outro à tese defensiva. Primeiro: determinado documento faz referência a número telefônico que, uma vez trazidos aos autos os respectivos registros de ligação, poderá vincular o acusado “X” ao acusado “Y”, os quais negam conhecimento mútuo. Segundo: em processo decorrente de acusação de latrocínio, a testemunha “Z” faz inédita referência à pessoa “W”, amante do acusado, a qual lhe teria dito que estivera com o acusado no dia e hora dos fatos, em local muito distante do narrado na denúncia (o acusado, até então, omitira tal alibi para não revelar sua infidelidade conjugal). A pergunta que decorre de ambos os exemplos é idêntica: a partir do momento em que a existência e o

⁴⁸⁸ BADARÓ, Gustavo. *Ônus da prova no processo penal*, obra citada, p. 194-241.

⁴⁸⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, v. 1, op. cit., p. 562-564.

aparente conteúdo informativo da fonte probatória já estão no processo, poderia o órgão judicial, sem provocação das partes legítimas, determinar sua exploração?

No primeiro exemplo, os valores em jogo são desiguais: a preservação da imparcialidade objetiva do órgão judicial deve ser sobreposta à pretensão punitiva. Por isso, o enfrentamento do primeiro exemplo (fonte de prova aparentemente favorável à tese acusatória) é mais fácil: o julgador não pode elucubrar livremente sobre quais fontes probatórias serviriam à tese acusatória. Ou a acusação requer as diligências que lhe pareçam favoráveis, ou tais diligências não devem ser realizadas.

No segundo exemplo (fonte de prova aparentemente favorável à tese defensiva), os valores em jogo são igualmente importantes: a preservação da imparcialidade do órgão judicial tem estatura igual à da proteção do acusado contra acusações injustas. No segundo exemplo, se o juiz se sente “provocado” por fonte probatória aparentemente favorável à tese defensiva, mas o devido órgão de defesa até o último momento se mantém silente quanto à exploração de tal fonte (talvez porque o imputado prefira eventual condenação penal a ver revelados detalhes de sua infidelidade conjugal), a melhor solução seria o lançamento, na fase do art. 404 do CPP, de decisão judicial fundamentada que determine tal produção probatória, diante da omissão defensiva e da aparente utilidade em favor do acusado. Essa – excepcional – decisão se constituiria em assumida relativização da imparcialidade judicial em favor da proteção do acusado contra acusações injustas. E sujeita ao efeito colateral – legítimo – de a fonte *aparentemente* favorável à tese defensiva se revelar contrária aos interesses do acusado (daí a necessidade de fundamentação, para que não sejam camufladas iniciativas judiciais desde o início manifestamente contrárias à defesa).

Nessa esteira, a autorização do art. 616 do CPP para o órgão recursal “proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências” só poderá ocorrer quando tais atos probatórios aparentemente favorecerem a defesa. Determinar tais diligências já em âmbito recursal mediante requerimento exclusivo da acusação seria premiar a ineficiência desta durante a instrução processual⁴⁹⁰ e, ao

⁴⁹⁰ Diferente é a situação em que a acusação (ou a defesa), diligentemente, recorre contra inadequada produção probatória (p.e., indeferimento de perguntas importantes a testemunha, ausência de filmagem do

mesmo tempo, prejudicar irrazoavelmente o direito do imputado ao duplo grau de jurisdição. Determiná-las *ex officio* sem que haja potencial benefício ao imputado seria, além incorrer nos dois erros recém-referidos, violar a imparcialidade judicial objetiva em prejuízo do acusado. Também no caso do art. 616 do CPP só poderá ocorrer a – excepcional, assumida e fundamentada – relativização da imparcialidade judicial em favor da proteção do acusado contra acusações injustas. E igualmente sujeita ao efeito colateral – legítimo – de a fonte *aparentemente* favorável à tese defensiva se revelar contrária aos interesses do acusado (daí, repita-se, a necessidade de fundamentação, para que não sejam camufladas iniciativas judiciais desde o início manifestamente contrárias à defesa).

Não se desconhece a tradição inquisitiva impregnada no vetusto CPP brasileiro. Entretanto, os ventos da mudança constitucional e jurídico-internacional já sopram forte em nossa doutrina e jurisprudência mais recentes⁴⁹¹, em favor de postura

interrogatório, denegação de ofício a órgão público etc.). Nesse caso, cabe ao tribunal anular os atos probatórios impugnados e os subsequentes, e determinar sua renovação no juízo *a quo*, com as especificações necessárias.

⁴⁹¹ É interessante notar a evolução na jurisprudência do STF quanto ao tema. Por exemplo, ao apreciar dispositivo que autorizava diligências investigativo-probatórias *pessoalmente* realizadas pelo juiz da causa criminal (art. 3º e parágrafos da então vigente Lei Federal nº 9.034/95), o Plenário do STF, em 30.04.1997, sob relatoria do Min. Maurício Corrêa, assim indeferiu medida cautelar na ADI 1517/DF: “(...) a) a Lei nº 9.034/95 é lei especial, tendo em vista que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por grupos de organizações criminosas e constitui-se em medida de alta significação no combate ao crime organizado; b) não há dúvida que a Lei nº 9.034/95 subtraiu da Polícia a iniciativa do procedimento investigatório especial, cometendo-o diretamente ao juiz, pelo fato peculiar de destinar-se o expediente o acesso a dados, documentos e informações protegidos pelo sigilo constitucional, o que, mesmo antes do seu advento, já estava a depender de autorização judicial para não caracterizar prova ilícita; c) aceitável, em princípio, o entendimento de que se determinadas diligências, resguardadas pelo sigilo, podem ser efetuadas mediante prévia autorização judicial, inexistente impedimento constitucional ou legal para que o próprio juiz as empreenda pessoalmente, com a dispensa do auxílio da polícia judiciária, encarregando-se o próprio magistrado do ato; d) o art. 3º da Lei nº 9.034/95 está inserido em um sistema que, tendo por corolário o dever do Estado, objetiva a prestação da segurança pública, a apuração das infrações penais e a punição dos infratores; e) as normas contidas no art. 144, § 1º, inciso IV, e § 4º não devem ser interpretadas como limitativas do dever da prestação jurisdicional, cuja extensão vai desde a apuração dos fatos até a decisão judicial, elástico esse compreendido no conceito de exercício da magistratura; f) competindo ao Judiciário a tutela dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição, não há como imaginar-se ser-lhe vedado agir, direta ou indiretamente, em busca da verdade material mediante o desempenho das tarefas de investigação criminal, até porque estas não constituem monopólio do exercício das atividades de polícia judiciária; g) a participação do juiz na fase pré-processual da persecução penal é a garantia do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sobretudo os voltados para a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem da pessoa acerca de quem recaem as diligências, e para a inviolabilidade do sigilo protegido pelo primado constitucional; h) não há cogitar-se de violação das garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, pois os §§ 3º e 5º do art. 3º da Lei nº 9.034/95 até asseguram o acesso das partes às provas objeto da diligência; i) a coleta de provas não implica valorá-las e não antecipa a formação de juízo condenatório; j) a diligência realizada pelo juiz, sob sigilo de justiça, não viola o princípio constitucional da publicidade previsto no inciso LX do art. 5º, que admite restringi-lo. 4. Medida cautelar indeferida.” Sete anos após, em 12.02.2004, o mesmo Plenário do STF, novamente sob relatoria do Min. Maurício Corrêa, voltou ao ponto, e nestes termos julgou parcialmente procedente a

judicial cada vez mais reativa (e, portanto, menos proativa) no âmbito da instrução processual, ou seja, no que diz respeito à preparação cognitiva daquele que, idealmente, somente *após* a consolidação do quadro probatório deve se posicionar sob concordância, dúvida ou refutação da tese acusatória⁴⁹².

Retomando-se o que interessa a este estudo: o ato de investigação criminal diz respeito à *livre formulação de hipóteses sobre os fatos aparentemente pertinentes ou relevantes*, ocorra tal formulação antes, durante ou depois de processo penal correlato. Aqui se denominam atos (judiciais) instrutórios, portanto, apenas as *decisões* sobre admissibilidade e assunção de provas *propostas pelas partes*.

3.2.4. Viabilização pelo emprego dos devidos meios, recomendações técnicas e procedimentos jurídicos

A difícil tarefa de, a partir de hipóteses livremente formuladas, buscar elementos informativos sobre suposto crime necessita do emprego de instrumentos e estratégias, exponencialmente aperfeiçoados na contemporaneidade⁴⁹³. Trata-se dos meios,

ADI 1570/DF: "(...) 'JUIZ DE INSTRUÇÃO'. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. (...) 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte." Atualmente, a jurisprudência do STF é cada vez mais forte no sentido da máxima inércia judicial no âmbito investigativo-probatório: v., entre vários exemplos do Plenário e das Turmas do STF, ADI 5.104 (j. em 21.05.2014, Tribunal Pleno), e AgR no Inq. 2.913 (publicado em 20.06.2012, Tribunal Pleno). V. tb. CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, obra já citada, p. 51. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*, obra citada, p. 30-34 e 37-39. LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*, obra citada, p. 168-179. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, v. 1. obra citada, p. 131-139 e 527. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*, obra citada, p. 135-142. Em certa medida, tb. BADARÓ, Gustavo, *Processo Penal*, obra citada, p. 346.

⁴⁹² Algo natural, por exemplo, no julgamento da causa pelo tribunal do júri, no qual toda a reconstrução probatória é protagonizada pelas partes e assistida de modo completamente passivo pelo órgão julgador, sem que lhe seja dada efetiva oportunidade de formular hipóteses investigativas. Tal tendência, pela evolução jurisprudencial e doutrinária acima citada, cada vez mais influencia (positivamente) o procedimento nas causas decididas por juízes togados.

⁴⁹³ SILVA, Alexandre Alberto Gonçalves. SANCHEZ, Pedro Luis Próspero. A perícia como garantidora dos

técnicas, métodos e ritos investigativos, tema merecedor de tratamento autônomo, abaixo⁴⁹⁴.

3.3. A fase de investigação criminal: aproximações de seu conceito, finalidade, objeto, forma, sujeitos, motivo e motivação

Opta-se, a partir deste ponto, por um corte epistemológico. Apesar de se ter tentado demonstrar acima que o ato investigativo desborda dos limites da fase pré-processual e até do Direito Processual Penal, este estudo, daqui em diante, discorrerá sobre “a” *investigação* no sentido doutrinário mais comum, uma vez que este se volta para a parte mais visível – e, portanto, mais facilmente examinável – do fenômeno. Tal opção metodológica visa catalisar o objeto deste trabalho, voltado para a inovação investigativa criminal, embora tudo o que se disser adiante sobre “a” *investigação* (em limitadora referência à *fase pré-processual penal*) tende a ser aproveitável para os atos investigativos que extrapolem a fase pré-processual penal (os quais, quando cabível, merecerão expressa distinção).

Como já sinalizado neste capítulo, o termo *investigação* costuma ser utilizado na doutrina para indicar a coleta de elementos informativos ocorrida em fase anterior a eventual processo penal, cuja principal manifestação, no Brasil, é o inquérito policial⁴⁹⁵. Menciona-se “a” *investigação*, como momento autônomo de caso criminal, indicando-se, por metonímia, a fase pré-processual penal.

A partir da opção reducionista acima justificada, pode-se entender investigação criminal como o conjunto dos atos de procura por elementos de informação em sentido amplo e das respectivas conclusões, ocorridos em fase anterior à instauração de processo penal e não submetidos a sequência juridicamente predeterminada.

direitos humanos no século XIX. In: *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*. Ano 14, nº 16 (2010), p. 1-14.

⁴⁹⁴ V. Capítulo 4.

⁴⁹⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Provas*, obra citada, p. 250. LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, obra citada, p. 227-228.

Sua finalidade é a reconstrução histórico-documental aproximativa de suposto fato penalmente relevante, através da obtenção de 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), para instrumentalizar: 1) a formação da *opinio delicti* (positiva ou negativa; ministerial, privada ou defensiva); 2) as decisões judiciais de recebimento ou não da eventual peça acusatória, de absolvição sumária e outras intermediárias, como a imposição de prisão preventiva ou medidas cautelares diversas; e 3) a atividade probatória das partes interessadas na procedência ou improcedência da correspondente pretensão processual (e, para os que interpretam o sistema acusatório brasileiro de modo flexível, a investigação criminal auxiliaria também a condução, pelo juiz da causa, da respectiva instrução probatória).

O objeto material da investigação criminal é o suposto fato penalmente típico, ilícito, culpável e punível. Seu objeto formal é o conjunto, às vezes unitário, dos correspondentes atos investigativos e seus resultados (elementos de informação em sentido amplo). Outros integrantes formais da investigação podem lhe ser pressupostos (p.e., a portaria de instauração de inquérito policial, o mandado judicial de busca e apreensão) ou acessórios (p.e., os relatórios parciais e final da autoridade policial no respectivo inquérito, meramente opinativos).

A estrutura formal da fase de investigação criminal não é rigidamente procedimentalizada, ou seja, os atos investigativos pré-processuais nem sempre estão submetidos a sequência legalmente predeterminada. Conforme a necessidade de cada caso, verifica-se sucessão lógica de etapas documentadas, até que se chegue a conclusão jurídico-penal (ou a declarada perplexidade ou inviabilidade apuratória). Em geral, são três suas grandes fases: instauração (no caso do inquérito policial, por portaria ou auto de prisão em flagrante), desenvolvimento (mediante atos investigativos, despachos, relatórios parciais etc.) e conclusão (no caso do inquérito policial, através da apresentação de relatório final, meramente opinativo, pela autoridade que o presidiu).

O único sujeito necessário em toda investigação é seu agente ativo.

Costuma-se discutir, na doutrina, os *poderes investigatórios* das partes⁴⁹⁶. Sem aprofundamento nesse tópico, estranho a este trabalho, cabe aqui apenas pontuar que a palavra *poder* remete a, pelo menos, dois significados importantes para a investigação. Em sentido *forte*, refere-se à autorização jurídica para, sem ordem judicial, *impor a terceiros* (testemunhas, peritos, órgãos públicos etc.) que contribuam para a apuração dos fatos considerados pertinentes ou relevantes, autorização essa necessariamente restrita. Em sentido *fraco*, pensa-se na *legitimidade* para pesquisar e propor a busca de elementos de informação 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), legitimidade essa ostentada por todas as pessoas, órgãos e instituições que demonstrem interesse jurídico sobre o caso penal. Tal legitimidade investigativa (com ou sem poder em sentido forte) demonstra a amplitude dos possíveis sujeitos ativos da investigação criminal: polícia, Ministério Público, defesa (pública ou particular), vítima.

A figura do imputado é eventual, como se verifica pela significativa quantidade de investigações criminais instauradas, desenvolvidas e concluídas sem o apontamento da suposta autoria delitiva. Quando há indicação de pessoa investigada, sua condição varia da passividade absoluta (como ocorre nas investigações sigilosas) até altos níveis de proatividade (mediante investigação defensiva).

O ordenamento jurídico-criminal brasileiro não contempla a figura do juiz “de” investigação, embora muitos atos investigativos sejam sujeitos a reserva de jurisdição – há, nesses casos, juiz “da” investigação, com função eminentemente protetora contra restrições desproporcionais aos direitos fundamentais de quem está sendo investigado ou é, de algum modo, envolvido na apuração dos fatos⁴⁹⁷.

As demais pessoas alcançadas pelo universo investigativo (testemunhas,

⁴⁹⁶ RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa do investigado, obra citada, p. 111-147. CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público*, obra citada, p 50-83.

⁴⁹⁷ Sobre o controle judicial da investigação, v. Capítulo 6.

peritos, agentes policiais etc.), embora essenciais para a apuração dos fatos, são atores coadjuvantes da investigação, dela não podendo ser considerados sujeitos.

O único motivo legítimo para a formal instauração de fase investigativa é a suposta ocorrência de fato típico, ilícito, culpável e punível⁴⁹⁸. Uma vez que tal instauração gera custos públicos, tem grande potencial de constrangimento aos investigados e precisa ser externamente controlável, um de seus requisitos é a razoável explicitação do que se deseja apurar. Não há como se exigir a apresentação de detalhes (que somente poderão ser esclarecidos ao final, se o forem), mas o referido ato inaugural deve, no mínimo, fazer referência a notícia de aparente crime punível.

⁴⁹⁸ Repita-se que, embora crime seja fato penalmente típico, ilícito e culpável, na linha da doutrina e jurisprudência francamente majoritárias, entende-se que somente há justa causa para a investigação criminal persecutória sobre alegado fato que ainda seja, em tese, punível.

CAPÍTULO 4: OS MEIOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E SEUS RESPECTIVOS PROCEDIMENTOS JURÍDICOS

4.1. Meios investigativo-probatórios, recomendações técnicas e procedimentos jurídicos

Tanto os meios *de investigação* quanto os meios *de prova* abarcam canais informativos⁴⁹⁹ viabilizadores da reconstrução discursiva dos fatos relevantes para determinada causa.

Há outra importante inicial semelhança⁵⁰⁰ além dessa. Eis o objeto deste subitem: os exemplares de ambas as categorias são simples *nomes jurídicos*, criados pela lei, pela jurisprudência, pela doutrina, por saberes auxiliares⁵⁰¹ ou pela prática forense, nomes jurídicos esses indicativos de potencialidades probatórias, cujos conteúdos são preenchidos pelas respectivas *recomendações puramente técnicas* e pelos correspondentes *procedimentos jurídicos*, ou seja, pelos *métodos técnicos* e pelos *ritos jurídico-probatórios* com que devem ser compreendidos e utilizados⁵⁰².

⁴⁹⁹ A expressão *canais informativos* será usada, daqui por diante, para abarcar tanto os meios de investigação quanto os meios de prova.

⁵⁰⁰ Logo abaixo se discorrerá sobre as *diferenças* entre os meios de prova e os meios de investigação quanto ao âmbito jurídico em que se realizam, quanto à forma de participação dos potenciais afetados e quanto à finalidade.

⁵⁰¹ Entre os saberes aqui denominados auxiliares, podem ser exemplificativamente mencionados a Criminalística, as várias Engenharias, a Macro e a Microbiologia, a Medicina e a Ciência Informacional.

⁵⁰² É interessante como, no Direito Processual contemporâneo, os nomes jurídicos têm menos importância que os respectivos procedimentos. Imaginem-se dois exemplos. Primeiro: uma vez formada *opinio delicti* positiva, o Ministério Público dirige petição ao juízo criminal competente, na qual em momento algum usa a palavra “denúncia”, mas deixa claro tratar-se de provocação judicial criminal em face de pessoa ali suficientemente qualificada, narra detalhadamente fato típico, ilícito, culpável e punível, apresentando, anexos, suficientes indícios de materialidade e autoria, e, ao final, requer a instauração de processo penal e a produção de determinadas provas, e pede expressamente a condenação criminal da pessoa antes qualificada. Segundo exemplo: formada *opinio delicti* positiva, o Ministério Público oferece expressa “denúncia”, mas não adota algum dos procedimentos acima descritos. No primeiro exemplo, embora o nome jurídico “denúncia” não tenha sido utilizado, a conduta seria processualmente eficaz. No segundo exemplo, embora o nome jurídico “denúncia” tenha sido utilizado, a conduta não seria processualmente eficaz.

A todo meio de investigação ou de prova abstratamente pensado corresponde um conjunto de medidas viabilizadoras, de modo que, em todo meio investigativo ou probatório concretamente utilizado manifesta-se uma sucessão técnica, metodológica ou ritualística. A cada meio de investigação e de prova se atribui, pelo menos, um conjunto de recomendações puramente técnicas (e se lhe pode ou não também atribuir um procedimento jurídico). Ao nome jurídico *testemunho* corresponde um determinado meio de prova⁵⁰³, cujo procedimento jurídico está detalhadamente estabelecido nos arts. 202 a 225 do CPP, quase sem espaço de interpretação *praeter legem*, sob inspiração de recomendações técnicas advindas da experiência acumulada ao longo dos séculos. Ao nome jurídico *interceptação telefônica* corresponde certo meio investigativo, cujas recomendações puramente técnicas são estabelecidas por ciências auxiliares e cujo procedimento jurídico é em boa medida determinado pelos arts. 1º a 9º da Lei Federal nº 9296/96, com pouco espaço de interpretação *praeter legem*. O nome jurídico *reprodução simulada dos fatos*, mencionado pelo art. 7º do CPP como meio de investigação, recebe recomendações puramente técnicas de ciências auxiliares, mas possui procedimento técnico-jurídico fraco e insuficientemente sinalizado pelo próprio art. 7º, que lhe dá considerável margem de interpretação *praeter legem*. O nome jurídico *captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos* é conferido pelo inciso II do art. 3º da Lei Federal nº 12850/2013, correspondente a meio investigativo cujo procedimento jurídico não é, em nenhum ponto, disciplinado em lei (embora as respectivas recomendações puramente técnicas sejam objeto de saberes policiais); isso lhe daria grande margem de interpretação *praeter legem*. O nome jurídico *acesso a registros de ligações telemáticas* foi dado pelo inciso IV do art. 3º da Lei Federal nº 12850/2013, e o respectivo procedimento jurídico, absolutamente omissos à época da entrada em vigor da referida lei, veio a ser resumidamente regulamentado quase um ano após, pelos arts. 22 e 23 da Lei

⁵⁰³ Embora, como é dito neste tópico, possa também ser *meio de investigação*.

Federal nº 12965/2014⁵⁰⁴, restando ao instituto alguma margem de interpretação *praeter legem*.

Tanto as *recomendações puramente técnicas* quanto o *procedimento jurídico-probatório* dão configuração ao emprego dos meios investigativos ou probatórios.

As aqui denominadas *recomendações puramente técnicas* constituem o conjunto de exortações extralegais informadas por saberes auxiliares e exclusivamente direcionadas à otimização da coleta de elementos de informação e de prova.

O aqui denominado *procedimento jurídico-probatório* (ou simplesmente *procedimento jurídico*) é a sequência de atos legalmente impostos ou expressamente permitidos, destinados a bem atingir a finalidade de determinado meio de investigação ou meio de prova, seja sob intenção legislativa de catalisar sua aptidão informativa, seja para resguardar valores e bens jurídicos considerados dignos de especial proteção. Em muitos casos, a *inspiração* legislativa de determinada norma procedimental-probatória é técnica, como no art. 159, §§ 1º e 2º, ou no art. 236, ambos do CPP⁵⁰⁵. Contudo, uma vez positivada em lei, a mera recomendação técnica se torna *comando jurídico*, cuja desobediência certamente implica reação negativa do ordenamento (inutilizabilidade, nulidade, redução do valor probatório, mera irregularidade etc.).

⁵⁰⁴ Arts. 22 e 23 da Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que “estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”: “Da Requisição Judicial de Registros. Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet. Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade: I – fundados indícios da ocorrência do ilícito; II – justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e III – período ao qual se referem os registros. Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.”

⁵⁰⁵ O primeiro exemplo diz respeito ao exame de corpo de delito. Os §§ 1º e 2º do art. 159 do CPP têm *inspiração* eminentemente técnica, ao exigirem “perito oficial, portador de diploma de curso superior” ou, “na falta de perito oficial, (...) duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame”. Já o § 3º do mesmo art. 159 é de *inspiração* marcadamente jurídico-ritualística, ao determinar que “os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo”. O outro exemplo é sobre a prova documental. O art. 236 do CPP denota motivação legislativa eminentemente técnica, ao determinar que “os documentos em língua estrangeira, sem prejuízo de sua juntada imediata, serão, se necessário, traduzidos por tradutor público, ou, na falta, por pessoa idônea nomeada pela autoridade”. Já o art. 231 tem cunho marcadamente jurídico-ritualístico, ao determinar que, em regra, “as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo”.

Em cada meio de investigação ou de prova, as *recomendações puramente técnicas* compõem universo sempre mais amplo que o do *procedimento jurídico-probatório* (o qual, às vezes, sequer é estabelecido pela lei). Entretanto, as *recomendações puramente técnicas* somente são eficazes para a produção de elementos cognitivos válidos se e na medida do que forem permitidas pelo procedimento *jurídico-probatório*.

Imagine-se o meio de prova testemunhal. O defensor, ao fazer inquirições a testemunha considerada problemática, pode adotar o tom e o volume de voz que lhe parecerem mais convenientes. O acusador pode escolher palavras mais ou menos provocadoras. Sendo a audiência adequadamente gravada com recursos de áudio e vídeo, o juiz pode se limitar à lavratura de termos simplificados, mas também pode determinar a transcrição integral e concomitante das declarações testemunhais. Tudo isso pertence ao conjunto de *recomendações puramente técnicas* sobre o referido meio probatório e, como não há norma jurídico-procedimental impeditiva, quaisquer opções tomadas no leque descrito são indiferentes para o Direito. Entretanto, se o acusador entende tecnicamente conveniente iniciar sua inquirição com pergunta completamente divorciada da causa (desejando, p.e., ganhar a simpatia da testemunha), ver-se-á proibido pela norma jurídico-procedimental impeditiva do art. 212 do CPP⁵⁰⁶.

Imagine-se, também, o meio investigativo busca e apreensão domiciliar. O grupo policial pode entender conveniente cumprir o correspondente mandado no período da tarde, por deter recente informação no sentido de que o domicílio buscado receberá, na hora do almoço, determinada visita que provavelmente lá deixará objetos ilícitos. Uma vez cumprida a diligência, a autoridade policial competente poderá redigir o respectivo auto de modo mais ou menos sucinto, chamando a atenção para este ou aquele detalhe. Até aí, cogita-se puramente da técnica referente à busca e apreensão domiciliar e, não havendo norma jurídico-procedimental impeditiva, quaisquer opções tomadas são juridicamente indiferentes. Porém, se o grupo policial desejar surpreender os moradores em questão ainda

⁵⁰⁶ Art. 212 do CPP: “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que (...) não tiverem relação com a causa (...).”

na madrugada escura, sofrerá proibição da norma jurídico-procedimental impeditiva do art. 245 do CPP⁵⁰⁷.

Desse modo, o conjunto de *recomendações puramente técnicas* sobre um meio investigativo ou probatório é sempre, alternativamente, *i)* um espaço de liberdade *indiferente ao Direito* (quando não conflita com o procedimento jurídico) ou *ii)* algo *proibido* (quando conflita com o procedimento jurídico)⁵⁰⁸.

4.2 Meios investigativo-probatórios analisados quanto à estrutura e obediência jurídico-procedimentais

Ainda mantendo juntos os meios de investigação e os meios de prova, vale discorrer sobre classificações frequentemente estabelecidas (embora nunca unânimes), norteadas pela *estrutura jurídico-procedimental* de tais canais informativos e pela sua *obediência aos procedimentos jurídico-probatórios* porventura estabelecidos.

Analisando a *estrutura jurídico-procedimental* dos meios investigativo-probatórios no Direito Processual Penal contemporâneo, Antonio Scarance Fernandes⁵⁰⁹, Antonio Laronga⁵¹⁰ e Germano Marques da Silva⁵¹¹ denominam provas *típicas* os meios de prova ou de investigação que a lei prevê e regulamenta; e de provas *atípicas* os meios de prova ou de investigação juridicamente admissíveis que a lei não prevê expressamente, ou prevê sem qualquer regulamentação procedimental.

⁵⁰⁷ Art. 245 do CPP: “As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite (...).”

⁵⁰⁸ Questão interessante, particularmente sensível quanto aos meios *de investigação*, diz respeito a pesquisas não expressamente proibidas, mas *i)* correspondentes a canais informativos sequer nominados pela lei; ou *ii)* correspondentes a meios legalmente nominados, mas compressoras de direitos fundamentais. Tal questão será abordada em vários pontos deste e dos próximos capítulos.

⁵⁰⁹ V. SCARANCE FERNANDES, Antonio. Tipicidade e sucedâneos de prova. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de. MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Provas no processo penal – estudo comparado*. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 15.

⁵¹⁰ LARONGA, Antonio. *Le prove atipiche nel processo penale*. Padova: CEDAM, 2002, p. 6-7.

⁵¹¹ SILVA, Germano Marques. *Curso de Processo Penal*, v. 2. Lisboa: Verbo, 2008, p. 136-137.

Antes de chegarem ao Brasil⁵¹², tais ideias foram e continuam sendo bastante discutidas em outros ordenamentos jurídicos. Na Itália, o art. 189 do CPP⁵¹³ expressamente permite a assunção judicial, mediante o máximo contraditório possível, de *prova não disciplinada pela lei*, caso resulte idônea a assegurar o acerto dos fatos e não prejudique a capacidade de autodeterminação, recordação e avaliação do envolvido (resguardo à “liberdade moral da pessoa”, art. 188 do CPP italiano) – o juiz criminal italiano deve decidir, em cada caso, sobre a admissibilidade dessa dita *prova atípica*, ouvidas as partes sobre como se dará a assunção probatória. Na Alemanha, a cada novo meio de obtenção de prova cogitado pelo Poder Legislativo ressurgem a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a suficiência de sua tipificação processual e, em caso negativo, sobre a admissibilidade provisória das inovações⁵¹⁴. Em muitos outros países, sob denominações variadas, a existência, detalhamento e obediência a *standards* procedimentais regentes da prova penal é objeto de intenso debate⁵¹⁵.

Antonio Scarance Fernandes descreve cinco situações quanto à tipicidade probatória⁵¹⁶:

⁵¹² V. DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal*, obra citada, p. 152-157.

⁵¹³ Art. 189 do CPP italiano: “*Prove non disciplinate dalla legge. 1. Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova.*” (tradução livre: “Provas não disciplinadas pela lei. 1. Quando é requerida uma prova não disciplinada pela lei, o juiz poderá assumi-la, caso resulte idônea a assegurar o acerto dos fatos e não prejudique a liberdade moral da pessoa. O juiz deve decidir sobre sua admissibilidade, ouvidas as partes sobre as modalidades de assunção da prova.”) Cf. Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 10 dicembre 2009, n. 47009 in Altalex Massimario. Sobre a referida “liberdade moral da pessoa”, assim dispõe o art. 188 do CPP italiano: “*Libertà morale della persona nell'assunzione della prova. 1. Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti.*” (tradução livre: “Liberdade moral da pessoa na assunção da prova. 1. Não podem ser utilizados, sequer com o consento da pessoa interessada, métodos ou técnicas aptas a influir na liberdade de autodeterminação ou de alterar a capacidade de recordar e avaliar os fatos.”)

⁵¹⁴ BRENNEISEN, Hartmut. BRENNEISEN, Julia (ed.). *Rechtsprechung des BVerfG. Leitentscheidungen des BVerfG zu den Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und ihre Auswirkungen auf das hoheitliche Eingriffshandeln*. Münster: LIT Verlag, 2009, p. 36-94. SIEBER, Ulrich. *Straftaten und Strafverfolgung im Internet*. Munique: Verlag C. H. Beck, 2012, p. 84-152.

⁵¹⁵ Cf. LEENES, Ronald. BERT-JAAP, Koops. DE HERT, Paul. (orgs.). *Constitutional rights and new technologies*. Haia: TMC Asser Press, 2008, com relatórios atuais sobre Bélgica, Canadá, França, Alemanha, Holanda, Suécia e EUA. V. tb. THAMAN, Stephen C. (org.). *Exclusionary rules in Comparative Law*. Dordrecht: Springer, 2013, com relatórios ainda mais recentes sobre EUA, Irlanda, Escócia, Israel, Alemanha, França, Bélgica, Holanda, Espanha, Itália, Grécia, Turquia, Sérvia, Inglaterra, País de Gales, Taiwan e também sobre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

⁵¹⁶ V. SCARANCA FERNANDES, Antonio. Tipicidade e sucedâneos de prova, op. cit., p. 15.

“a) o meio de obtenção ou de produção de prova está previsto e é regulado mediante procedimento próprio; b) o meio de obtenção ou de produção de prova está previsto, não está regulado, mas há remissão ao procedimento a ser seguido; c) o meio de obtenção ou de produção de prova está previsto, não está regulado e não há remissão a nenhum procedimento a ser seguido; d) o meio de obtenção ou de produção de prova é apenas referido nominalmente, sem qualquer regulamentação ou remissão ao procedimento a ser seguido; e) o meio de obtenção ou de produção de prova não é sequer referido.”

Para o referido autor, “serão *típicos* os meios de obtenção ou de produção de prova quando ocorrentes as situações descritas nas letras 'a' e 'b', e *atípicos* quando configuradas as situações das letras 'c', 'd' e 'e'”⁵¹⁷.

Antonio Laronga⁵¹⁸ e Germano Marques da Silva⁵¹⁹ entendem que prova *típica* é a obtida ou produzida por meio previsto e procedimentalizado por lei; consequentemente, prova *atípica* é aquela que, legalmente prevista ou não, é destituída de procedimento regulador de sua produção ou obtenção.

Desse modo, Antonio Scarance Fernandes conclui que a análise da tipicidade ou atipicidade probatória impõe a análise da – variada e instável – regulamentação legal dos meios de prova (ou de investigação) em cada ordenamento jurídico⁵²⁰.

Exatamente a partir de tal análise, levanta-se, aqui, um problema, importante para o estudo da inovação investigativo-probatória: ao lado das provas *típicas* (suficientemente regulamentadas) e das provas *atípicas* (não regulamentadas), existe um grupo intermediário e instável, ou seja, meios de investigação ou de prova nominados em lei e regidos por *algum* procedimento jurídico-probatório, o qual se revele, desde o início

⁵¹⁷ V. SCARANCA FERNANDES, Antonio. Tipicidade e sucedâneos de prova, op. cit., p. 15; destaques feitos aqui.

⁵¹⁸ LARONGA, Antonio. *Le prove atipiche nel processo penale*, op. cit., p. 6-7.

⁵¹⁹ SILVA, Germano Marques. *Curso de Processo Penal*, v. 2, op. cit., p. 136-137.

⁵²⁰ V. SCARANCA FERNANDES, Antonio. Tipicidade e sucedâneos de prova, obra citada, p. 15.

ou em algum momento da evolução jurídica, irrazoavelmente lacônico. Há, portanto, canais informativos *insatisfatoriamente regulamentados*, que, conforme o ponto de vista, podem ser entendidos como *insuficientemente típicos* ou *quase-atípicos*. Independentemente do rótulo a ser dado, importa a percepção do fenômeno: *há meios de investigação e de prova que recebem da lei algum direcionamento procedimental, mas, desde sua positivação legislativa ou a partir de certo momento da evolução jurídica, cobram regulamentação mais detalhada para o ótimo atingimento de seus fins*⁵²¹.

Sustenta-se aqui, quanto à estrutura do procedimento jurídico-probatório, que um meio de investigação ou de prova reconhecido pela realidade jurídica pode *i)* ser nominado por lei e possuir procedimento jurídico-probatório expresso, direto e razoavelmente detalhado; *ii)* ser nominado em lei e, mediante aplicação analógica, possuir procedimento jurídico-probatório satisfatoriamente detalhado; *iii)* ser, direta ou indiretamente, nominado por lei, sem receber nenhum comando referente a seu procedimento jurídico-probatório; *iv)* não ser sequer nominado em lei e tampouco receber qualquer comando referente a seu procedimento jurídico-probatório; ou *v)* ser, direta ou indiretamente, nominado em lei e possuir algum procedimento jurídico-probatório, porém considerado irrazoavelmente lacônico.

Na primeira subcategoria recém-referida (meios investigativos ou probatórios nominados por lei e regidos por procedimento jurídico-probatório expresso, direto e razoavelmente detalhado), encontram-se os exemplos dos meios de prova testemunhal (arts. 202 a 225 do CPP), documental (arts. 231 a 238 do CPP) e pericial (arts. 158 a 184 do CPP). Tais meios informativos (e os elementos por eles produzidos) são casos de *prova típica*.

⁵²¹ Os autores consultados (v. Bibliografia) não incluem, entre as provas atípicas, os meios probatórios e investigativos *insuficientemente procedimentalizados*, os quais têm sido objeto de especial atenção jurisprudencial e doutrinária na Alemanha – v., no Capítulo 6, a referência ao caso *großen Lauschangriff*, do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Como se demonstrará no Capítulo 6, a insuficiência procedimental é fenômeno relevante, na dogmática e na política criminais, e deve conduzir ao estabelecimento de diálogo entre os Poderes Judiciário e Legislativo, sob a forma de decisões-alerta de modificação jurisprudencial, modulações temporais quanto à constitucionalidade e legalidade de certas medidas e, em último caso, de invalidação de provas por ausência de procedimentalização, tudo imediatamente seguido de comunicação ao Poder Legislativo.

Na segunda subcategoria (meios investigativos ou probatórios que, mediante aplicação analógica, regem-se por procedimento jurídico-probatório satisfatoriamente detalhado), encontram-se os exemplos dos meios de investigação emuladores dos meios de prova logo acima nomeados (oitiva persecutória de possíveis testemunhas, juntada de documentos apuratórios e produções periciais relevantes para a formação da *opinio delicti* – v. arts. 3º e 6º do CPP⁵²²). Tais meios informativos (e os elementos por eles produzidos) também são casos de *prova típica*.

A terceira subcategoria é a dos meios investigativos ou probatórios direta ou indiretamente nominados em lei, sem nenhum comando referente a seu procedimento jurídico-probatório. Entre eles, estão a “captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos” e a “cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal”, meramente nominados, sem absolutamente nenhuma regulamentação, nos incisos II e VIII do art. 3º da Lei Federal nº 12850/2013⁵²³. Tais meios informativos (e os elementos por eles produzidos) são exemplos de *prova atípica meramente nominada*⁵²⁴.

⁵²² Art. 3º do CPP: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. Art. 6º do CPP: “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I) dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; II) apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III) colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; IV) ouvir o ofendido; V) ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; VI) proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VII) determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII) ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; IX) averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuirão para a apreciação do seu temperamento e caráter”.

⁵²³ Outro exemplo de meio investigativo meramente nominado, sem nenhuma disciplina procedimental, existia no art. 2º, III, da Lei Federal nº 9034/95, que veio a ser expressamente revogada pela Lei Federal nº 12850/2013: o diploma revogado previa, entre outros, “o acesso a informações financeiras e eleitorais”, sem o detalhamento que, mais de uma década após, vieram trazer os arts. 15 a 17 da Lei Federal nº 12850/2013.

⁵²⁴ O léxico probatório contempla o conceito de prova *nominada*, ou seja, aquela produzida ou obtida por meio previsto em lei, com ou sem o correspondente procedimento. Se a lei, além de mencionar a existência do respectivo meio probatório ou investigativo, regula-lhe satisfatoriamente o procedimento, tem-se prova nominada e típica (toda prova típica – testemunhos, perícias, juntada de documentos, interceptação telefônica etc. – é, por necessidade lógica, nominada, mas nem toda prova nominada é típica). Se a lei simplesmente institui ou, menos ainda, só menciona a existência de determinado meio probatório ou investigativo, sem lhe dar regulamentação procedimental (sequer por remissão a outro meio probatório ou investigativo), seu respectivo elemento cognitivo constitui a aqui chamada prova *meramente nominada*, que é uma das manifestações da prova atípica (há outras manifestações da prova atípica, como se dirá adiante, pelos exemplos dos meios de investigação *meramente costumeiros* e os

A quarta subcategoria é referente aos canais informativos que, embora sejam reconhecidos pela realidade jurídica, não vêm sequer nominados em lei e restam ignorados por qualquer comando referente a seu procedimento jurídico-probatório. Tal grupo tende a, no Brasil, abarcar apenas os meios de investigação, uma vez que os meios de prova são, pelo menos, nominados pela lei. É o caso das variadas averiguações policiais preliminares⁵²⁵ e das formas mais simples de monitoramento *in loco* e acompanhamento secreto de pessoas e coisas interessantes para a investigação, tudo feito em lugares públicos. Tais medidas – apesar de indispensáveis à rotina investigativa, muitas delas tão antigas quanto a própria ideia de polícia e inquestionavelmente aceitas pelo nosso Direito⁵²⁶ – nunca foram sequer referidas por diplomas legislativos brasileiros (ou ainda não tiveram tempo de o ser). Manifestam-se de muitos modos, insuscetíveis de catalogação fechada, uma vez que necessariamente adaptáveis às infinitas possibilidades do cotidiano investigativo: através de conversas informais entre policiais e moradores de determinada vizinhança, com a discreta observação dos contatos presenciais e hábitos de certa pessoa, por avaliação meramente ocular de possíveis sinais ostensivos de riqueza, mediante a coleta de material descartado⁵²⁷, pela consulta a fontes públicas de informação (impresas ou virtuais), pela filmagem, fotografia ou gravação de situações públicas etc. São, também essas medidas, tradicional decorrência da *cláusula geral de atribuição investigativa* do art. 6º, III, do CPP⁵²⁸. Tais meios informativos (e os elementos por eles produzidos) são

meios de investigação *inovadores*, cuja legitimidade deve obedecer a critérios rigorosos; no presente subitem, é também apontado o problema das provas *insuficientemente regulamentadas*). V. DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal*, obra citada, p. 155-157.

⁵²⁵ Admitidas pela jurisprudência do STF como medidas prévias à instauração de inquérito policial, especialmente quando é o caso de se apurar a consistência mínima de notícia-crime anônima. V., no STF: Agravo Regimental no HC 120234/PR (Primeira Turma), julgado em 11.03.2014; HC 108.147 (Segunda Turma), publicado no DJe de 01.02.13; HC 105.484 (Segunda Turma), DJe de 16.04.13; HC 99.490 (Segunda Turma), DJe de 01.02.11; HC 98.345 (Primeira Turma), DJe de 17.09.10; HC 95.244 (Primeira Turma), DJe de 30.04.10.

⁵²⁶ Cf. ARAS, Vladimir. Whistleblowers, informantes e delatores anônimos. In: ZANELATO, Vilvana Damiani. *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – temas relevantes*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, p. 359-406.

⁵²⁷ Uma vez que a renúncia e o abandono de coisa móvel ou imóvel são causas de extinção da propriedade (art. 1275, II e III, do Código Civil), a coleta de material descartado, para fins de investigação criminal, não deve ser considerada significativamente impactante em direitos fundamentais. A jurisprudência brasileira, mesmo em casos bastante graves (resíduos corporais hospitalares e descarte de cadáver), entende não oponível a privacidade ao legítimo interesse estatal no esclarecimento de aparentes crimes: v., no STF, Questão de Ordem na Reclamação 2040/DF, julgada em 21.02.2002, pelo Tribunal Pleno, e, no STJ, REsp 1076982/PA, publicado no DJe de 05.05.2011). Sobre a obtenção de *material genético descartado pelo titular*, v. Capítulos 5 e 6.

⁵²⁸ Art. 6º, III, do CPP brasileiro: “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá (...) colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas

exemplos de *prova completamente atípica*, da qual são manifestações os meios de investigação *meramente costumeiros* e os meios de investigação *inovadores*⁵²⁹.

Na quinta subcategoria (meios investigativos ou probatórios direta ou indiretamente nominados em lei e regidos por procedimento jurídico-probatório irrazoavelmente lacônico), está, por exemplo, a reprodução simulada dos fatos, meio investigativo objeto do art. 7º do CPP⁵³⁰: a lei estabelece a competência (atribuída à “autoridade policial”), uma finalidade (“verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo”) e uma singela condicionante (“desde que não contrarie a moralidade ou a ordem pública”); além dessa limitação, há outra, decorrente do princípio constitucional *nemo tenetur se detegere*⁵³¹, a impedir que o investigado seja coagido a participar da medida contra a sua vontade; e nada mais do que isso⁵³². Outra hipótese interessante é a do *acesso a registros de ligações telemáticas*: quando de sua instituição pelo inciso IV do art. 3º da Lei Federal nº 12850/2013, não lhe foi estabelecido qualquer

circunstâncias”. Diante da dinamicidade inerente ao trabalho investigativo-persecutório, todos os ordenamentos jurídicos pesquisados concedem *algum* grau de discricionariedade aos respectivos órgãos policiais e ministeriais, tanto em relação a quais providências adotar, especialmente no início das apurações (inquirições, varreduras etc.), quanto no tocante ao modo de implementá-las. É o que se verifica, p.e., no arts. 55, 2, e 125 do CPP português (“compete em especial aos órgãos de polícia criminal, mesmo por iniciativa própria, colher notícia dos crimes e impedir quanto possível as suas consequências, descobrir os seus agentes e levar a cabo os actos necessários e urgentes destinados a assegurar os meios de prova.”; “são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei.”) – v. SILVA, Germano Marques. *Curso de Processo Penal*, v. 1 (p. 273-283) e v. 2 (p. 136-143). Lisboa: Verbo, 2008 (v. 1 e 2). No Direito espanhol, cf. MARTÍNEZ PÉREZ, Roberto. *Polícia judicial y Constitución*. Navarra: 2001, p. 60-69 e 377-391. No ordenamento alemão, GUSY, Christoph. *Polizei- und Ordnungsrecht*. 8 ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, p. 88-91. KUGELMANN, Dieter. *Polizei- und Ordnungsrecht*. 2. ed. Heidelberg: Springer, 2012, p. 129-133. V., abaixo, Capítulos 5 e 6.

⁵²⁹ V., abaixo, Capítulos 5 e 6.

⁵³⁰ Art. 7º do CPP: “Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.”

⁵³¹ V., no STF, HC 69026 (Primeira Turma), julgado em 10.12.1991, publicado no DJ de 04.09.1992, p. 14091: “Habeas Corpus. Júri. Reconstituição do crime. (...) Paciente que se recusa a participar da reprodução simulada dos fatos. (...) A reconstituição do crime configura ato de caráter essencialmente probatório, pois destina-se – pela reprodução simulada dos fatos – a demonstrar o *modus faciendi* de prática delituosa (CPP, art. 7.). O suposto autor do ilícito penal não pode ser compelido, sob pena de caracterização de injusto constrangimento, a participar da reprodução simulada do fato delituoso. O magisterio doutrinário, atento ao princípio que concede a qualquer indiciado ou réu o privilégio contra a auto-incriminação, ressalta a circunstância de que é essencialmente voluntária a participação do imputado no ato – provido de indiscutível eficácia probatória – concretizador da reprodução simulada do fato delituoso. (...)”. No mesmo sentido, v. tb. HC 96219/SP e HC 99289/RS.

⁵³² Guilherme Madeira Dezem (*Da prova penal*, obra citada, p. 155) sugere que a reprodução simulada dos fatos seria meio de obtenção de prova atípico e meramente nominado. Discorda-se em parte de tal cogitação, porque algum grau de procedimentalização foi dado (competência, finalidade, condicionantes), embora sem detalhamento (v., no STF, HC 69026, com ementa parcial recém-transcrita). Trata-se, aparentemente, de meio-termo entre o que seria prova típica e a atipicidade por mera nomeação legal. V., logo abaixo, o desenvolvimento da ideia.

procedimento jurídico, o qual veio a ser resumidamente regulamentado quase um ano após, pelos arts. 22 e 23 da Lei Federal nº 12965/2014⁵³³; essa regulamentação inicial dá, por exemplo, expressa margem de apreciação ao juiz competente para a correta implementação da medida; é razoável supor que, em algum momento futuro, a realidade jurídica cobrará do legislador normas menos abertas sobre o acesso a informações telemáticas. Essa quinta subcategoria de meios informativos (e os elementos por eles produzidos) compõe o universo das provas *insatisfatoriamente regulamentadas*, que poderiam ser chamadas de *insuficientemente típicas* ou *quase-atípicas*, provas carentes, desde sua posituação legislativa ou em algum momento da evolução jurídica, de procedimento probatório mais detalhado para o ótimo atingimento de seus fins.

Ressalte-se que a classificação de provas *típicas*, *atípicas* e *insatisfatoriamente regulamentadas* é instável.

Meios de informação tradicionalmente atípicos podem vir a ser detalhadamente regulamentados por nova lei ou código (p.e., averiguações policiais preliminares sobre determinados crimes).

Inversamente, provas claramente típicas podem vir a ser consideradas, em algum estágio da vida social, insatisfatoriamente regulamentadas, sobretudo por força da *inovação técnica ou tecnológica*. Imagine-se a prova testemunhal: seu procedimento, o mais detalhado da legislação probatória brasileira, poderá no futuro ser considerado insuficiente quanto à filmagem das audiências, recentemente em voga. Assim também com a prova pericial, já marcadamente regulamentada: determinado exame, hoje apenas orientado por recomendações puramente técnico-científicas, poderá no futuro ser considerado insatisfatoriamente detalhado pela lei. O mesmo poderá ocorrer com a prova

⁵³³ Arts. 22 e 23 da Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que “estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”: “Da Requisição Judicial de Registros. Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet. Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade: I – fundados indícios da ocorrência do ilícito; II – justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e III – período ao qual se referem os registros. Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.”

documental, especialmente com a popularização, na vida prática, dos documentos eletrônicos. E, nos três exemplos deste parágrafo, inquéritos e processos judiciais não poderão ser paralisados, ao aguardo de solução legislativa, tampouco parece razoável a tese de que, sem suficiente previsão legal, toda e qualquer inovação resta obstada⁵³⁴.

Para prosseguir, fica apenas pontuado: para os fins deste trabalho, os meios investigativo-probatórios criminais podem ser considerados, quanto à sua estrutura jurídico-procedimental, *típicos* (satisfatoriamente regulamentados), *atípicos* (não regulamentados) e *insuficientemente típicos* ou *quase-atípicos* (*insatisfatoriamente regulamentados*).

Quanto à *obediência ao procedimento jurídico-probatório estabelecido*, os canais informativos típicos ou insuficientemente regulamentados (excluem-se, aqui, os atípicos), podem ser classificados como *procedimentalmente conformes*, *meramente irregulares*, *irrituais* e *anômalos*.

É *procedimentalmente conforme* o meio de investigação ou de prova (e o elemento dele decorrente) que obedece integralmente ao procedimento legal que lhe fora estabelecido.

É *meramente irregular* o meio de investigação ou de prova (e o elemento dele decorrente) que atende significativamente ao procedimento legal que lhe fora estabelecido, embora desobedeça a ponto considerado periférico e não invalidante do correspondente ato ou resultado. Imagine-se, por exemplo, que em busca e apreensão domiciliar, o correspondente mandado judicial contenha incorreções materiais quanto ao nome do morador investigado e quanto ao endereço da diligência, embora, pelo conjunto dos respectivos autos, não haja dúvida sobre ambas as informações: tais incorreções materiais tornam meramente irregular a busca e apreensão levada a efeito⁵³⁵.

⁵³⁴ V. Capítulos 5 e 6.

⁵³⁵ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno* – contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 349 e 360: “também no processo penal vige o princípio da validade *prima facie* dos atos processuais, já que também na seara criminal as formalidades devem ser combinadas no seu valor-em-si e na sua funcionalização valorativa, compreendidas como medidas excepcionais a serem atuadas somente se houver razões suficientes que motivem o magistrado a infirmar a preferência normativa pela validade dos atos do processo. (...) A invalidação dos atos processuais, mesmo em feitos de natureza condenatória, deve ser excepcional.” O

Denomina-se prova *irritual* o canal informativo (e o respectivo elemento cognitivo) que afronte significativa e diretamente ao procedimento legal que lhe fora estabelecido⁵³⁶ (p.e., interceptação telefônica judicialmente concedida por prazo de vinte dias, em contrariedade ao art. 5º da Lei Federal nº 9296/96⁵³⁷). Tratando-se de violação frontal da lei, os elementos cognitivos dela resultantes são inadmissíveis e devem ser desentranhados dos autos processuais, conforme determina o art. 157 do CPP⁵³⁸.

Os casos mais conhecidos de prova *ilegal* se referem a graves *irritualidades*. A tomada de depoimentos (nome jurídico) é meio investigativo-probatório válido; a tomada de depoimentos mediante a tortura da pessoa inquirida (procedimento gravemente irritual) é ilegal. A perícia é meio investigativo-probatório válido; a perícia através de pseudo-saberes manifestamente rejeitados pela comunidade técnico-científica (procedimento gravemente irritual) é ilegal⁵³⁹. A busca domiciliar é meio de investigação

procedimento probatório não pode ser encarado aos moldes das *legis actiones* do direito formulário romano, sob pena de se atentar contra a razoabilidade inerente ao princípio do *devido* processo legal. V. tb. ARMENTA DEU, Teresa. La verdad en el filo de la navaja, op. cit., p. 279. Gustavo Badaró (in “Processo Penal”, op. cit., p. 346), ao discorrer sobre a busca e apreensão, menciona situação que serviria, aqui, como exemplo de mera irregularidade. Ao tratar do procedimento da busca e apreensão, o CPP dispõe, no § 1º do art. 243, que, se houver ordem de prisão a ser cumprida na execução de busca e apreensão, tal ordem “constará do próprio texto do mandado de busca”. Vale dizer: o CPP, em dispositivo que mantém a redação original, de 1941, determina que as ordens de prisão e de busca e apreensão constem do mesmo mandado judicial. Seria, entretanto, irrazoável a invalidação de prisão judicialmente decretada apenas porque constante de mandado autônomo, diverso do determinante da busca e apreensão.

⁵³⁶ V. DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal*, obra citada, p. 154-155.

⁵³⁷ Discorda-se, neste ponto, de linha jurisprudencial do STF, refletida no Habeas Corpus nº 106129/MS, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 06.03.2012, processo eletrônico, DJe 61, p. 26.03.2012: “Habeas corpus. Constitucional. Processual Penal. Interceptação telefônica. (...) Eventual ilegalidade da decisão que autorizou a interceptação telefônica e suas prorrogações por 30 (trinta) dias consecutivos. Não ocorrência. Possibilidade de se prorrogar o prazo de autorização para a interceptação telefônica por períodos sucessivos quando a intensidade e a complexidade das condutas delitivas investigadas assim o demandarem. (...) É da jurisprudência desta Corte o entendimento de ser possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessiva, especialmente quando o fato é complexo, a exigir investigação diferenciada e contínua (HC nº 83.515/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Nelson Jobim, DJ de 04.03.05). Cabe registrar que a autorização da interceptação por 30 (dias) dias consecutivos nada mais é do que a soma dos períodos, ou seja, 15 (quinze) dias prorrogáveis por mais 15 (quinze) dias, em função da quantidade de investigados e da complexidade da organização criminosa. Nesse contexto, considerando o entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca da possibilidade de se prorrogar o prazo de autorização para a interceptação telefônica por períodos sucessivos quando a intensidade e a complexidade das condutas delitivas investigadas assim o demandarem, não há que se falar, na espécie, em nulidade da referida escuta e de suas prorrogações, uma vez que autorizada pelo Juízo de piso, com a observância das exigências previstas na lei de regência (Lei nº 9.296/96, art. 5º).”

⁵³⁸ Segundo Gustavo Badaró (*Processo penal*, op. cit., p. 331), o reconhecimento fotográfico e o apontamento do acusado na audiência não seriam provas atípicas, mas provas irrituais (e, portanto, inválidas).

⁵³⁹ V., abaixo, no Capítulo 5, subitem 5.3.5, sobre a perícia: no caso de pseudo-saberes manifestamente

válido; a busca domiciliar sem autorização judicial prévia (procedimento gravemente irritual) é ilegal.

Há outros casos de prova ilegal, sempre mais associadas ao *procedimento* (anti)jurídico que ao simples *nomen juris* do meio de investigação ou de prova.

Chama-se prova *anômala* o meio investigativo-probatório (e o correspondente elemento cognitivo) que perverta o procedimento legal que lhe fora estabelecido, mediante sua utilização para fins diversos dos que lhe são próprios e, concomitantemente, através da emulação imperfeita de outro meio probatório ou investigativo também regulamentado⁵⁴⁰. A mais conhecida produção de prova anômala é a juntada, aos autos de processo penal, de termo de declarações colhidas unilateralmente de suposta testemunha por alguma das partes (em regra, a acusação), como se tais declarações (próprias da prova testemunhal) pudessem ser adequadamente veiculadas pela aparente via documental⁵⁴¹. Outro exemplo de anomalia probatória é a juntada, aos autos, de pesquisa bibliográfica ou página da *internet*, veiculadora de informações técnico-científicas extremamente especializadas, como sucedâneo de exame pericial que deveria incidir concretamente sobre determinado objeto de prova⁵⁴². A prova anômala revela, na maioria das vezes, tentativa de se atingir, por via transversa (p.e., juntada de transcrição de

rejeitados pela comunidade técnico-científica, o juiz, na qualidade de guardião da qualidade epistemológica *mínima* do debate probatório (situação muito evidente, p.e., no procedimento do júri), não deve admitir a exploração intraprocessual de fontes sabidamente enganosas (ou possuidoras de credibilidade desproporcionalmente questionável).

⁵⁴⁰ V. CAVINI, Sofia. Il riconoscimento informale di persone o di cose come mezzo di prova atipico – Commento. In: *Diritto penale e processo*, v. 7/1997. Milano: Ipsoa, 1997, p. 837. LARONGA, Antonio. *Le prove atipiche nel processo penale*, obra citada, p. 9. LARONGA, Antonio. *La prova documentale nel processo penale*. Torino: UTET, 2004, p. 5-15. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 341-352. DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal*, obra citada, p. 152-155.

⁵⁴¹ V. referências na nota imediatamente anterior. Em DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal*, obra citada, p. 153, colhe-se boa síntese sobre tal exemplo: “O que se pretende, em verdade, é superar eventual óbice havido para a oitiva da testemunha em juízo por meio de sua oitiva exclusivamente pela acusação. Violam-se, assim, uma série de princípios constitucionais, como a ampla defesa e o contraditório, na medida em que não pode a defesa contraditar a testemunha e, mesmo, proceder à sua arguição perante o juiz da causa.”

⁵⁴² Não há óbice à juntada de pesquisa técnico-científica sobre determinada questão processualmente interessante (p.e., os malefícios à saúde causados pelo consumo de heroína, em processo relativo a tráfico de tal droga). Tal texto não pode, entretanto, substituir o exame pericial concreto sobre o objeto da prova (p.e., a constatação química da substância apreendida, seu grau de pureza etc.).

depoimento unilateralmente colhido ou texto técnico-científico, como se fossem documentos), fim juridicamente vedado (p.e., contornar garantias consideradas inconvenientes, como o contraditório) e, quando for esse o caso, cuida-se de modalidade probatória inadmissível⁵⁴³, cuja materialização deve ser desentranhada dos autos processuais (art. 157 do CPP).

Um terceiro gênero de prova ilegal diz respeito a inovações probatórias *contra legem* ou *extra legem* (embora certas inovações *praeter legem* possam ser excepcionalmente admitidas⁵⁴⁴).

4.3. Meios de investigação: especificidades em relação aos meios de prova

As quatro expressões indicadoras da categoria jurídica ora destacada – *meios de investigação*, *meios investigativos*, *meios de pesquisa de (ou da) prova* e *meios de obtenção de (ou da) prova* – possuem neste trabalho idêntico significado. Os dois últimos termos – *meios de pesquisa* e *meios de obtenção de prova* – são mais conhecidos na teoria da prova penal brasileira. No Direito alemão, a expressão *Ermittlungsmaßnahmen*, correspondente a *medidas* ou *meios de investigação*, é a mais utilizada, como se depreende, p.e., dos §§ 160a, 473a e 477 da *Strafprozessordnung*⁵⁴⁵. No Direito anglo-saxão, são bastante frequentes as expressões *investigative measures* e *investigation measures*, constantes, p.e., do *Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011*, vigente na Inglaterra⁵⁴⁶. No Direito francês, é utilizada a expressão *measure d'investigation*, empregada, p.e., na Ordenação n° 45-174, sobre crianças e adolescentes infratores, e na teoria geral da prova⁵⁴⁷. O interesse metodológico em se

⁵⁴³ Diversa é a situação, excepcional, de elementos de convicção colhidos unilateralmente na fase investigativa e destinados à futura reprodução judicial sob contraditório, os quais, por circunstância grave (p.e., morte do declarante), acabam se tornando irrepetíveis. Cf. CESARI, Claudia. *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*. Giuffrè: Milano, 1999, p. 14-17, 105-203 e 347-519. V. Capítulo 1.

⁵⁴⁴ V. Capítulos 5 e 6.

⁵⁴⁵ Cf. HELLMAN, Uwe. *Strafprozessrecht*, obra já citada, p. 74-78. MEYER-GOßNER, Lutz. *Strafprozessordnung*, op. cit., p. 712 e 1607-1610.

⁵⁴⁶ V. WADE, Mariane. MALJEVIC, Almir. *A war on terror?*, op. cit., p. 1-10.

⁵⁴⁷ Cf. DESPORTES, Frédéric; LAZERGES-COUSQUER, Laurence. *Traité de procédure pénale*. Paris: Economica. 2009, p. 1349-1353.

preferir, aqui, a expressão *meios de investigação* (ou *meios investigativos*) reside exclusivamente na sua maior proximidade filológico-semântica com o título e com o universo temático deste estudo⁵⁴⁸. No mesmo campo semântico, mas com outra finalidade explicativa, é a expressão abrangente *medida investigativa* (ou *medida de investigação*), aqui utilizada exclusivamente para abarcar, como gênero, as espécies *meio* e *técnica* de investigação (ou *meio e técnica investigativa*, ou *meio e técnica de pesquisa de prova*, ou *meio e técnica de obtenção de prova*). Ademais, as expressões *meios de pesquisa de prova* e *meios de obtenção de prova* costumam ser inconvenientemente associadas a medidas mais complexas e invasivas (v., p.e., art. 3º da Lei Federal nº 12850/2013), o que distoa da perspectiva mais expansiva adotada neste trabalho (a ninguém estranha dizer que a oitiva de potenciais testemunhas seja meio de investigação; mas a alguém poderia soar pouco usual – ainda que rigorosamente correto – enquadrar tal ato entre os meios de obtenção de prova).

Já foi dito que os atos de investigação se viabilizam por meios e procedimentos técnico-jurídicos, sendo estes os métodos técnicos e os ritos jurídico-probatórios com que aqueles devem ser compreendidos e utilizados.

Inicie-se com um exemplo clássico de meio de investigação: a *tomada de depoimento de potenciais testemunhas* (art. 6º, III, do CPP). Imagine-se que certo inquérito policial se proponha a investigar o suposto homicídio de pessoa encontrada mortalmente esfaqueada no passeio público de região urbana eminentemente residencial. Após triagem inicial, feita por agentes policiais *in loco*, a autoridade policial condutora do inquérito supõe que encontrará informação útil junto a algum dos moradores da casa em frente à qual o cadáver fora encontrado. Designam-se, então, os correspondentes depoimentos, em âmbito policial, para que se possa consignar, nos autos do referido inquérito, as percepções de tais moradores quanto ao aparente homicídio (alguém viu uma briga; outro escutou gritos de dor etc.). Tais depoimentos, ainda que forneçam informações aparentemente diretas sobre o caso (“alguém viu a pessoa X desferir vários golpes de faca na pessoa Y, depois encontrada morta”), não se destinam ao futuro convencimento judicial, mas, apenas,

⁵⁴⁸ Título esse inspirado em disciplina cursada pelo doutorando no curso de pós-graduação da FDUSP (primeiro semestre letivo de 2012): “Os meios de investigação e de prova – eficiência e garantismo”.

à formação da *opinio delicti*⁵⁴⁹ e à conclusão, por quem de Direito, sobre a existência e qualidade de potenciais fontes probatórias, as quais, caso seja proposta demanda penal correspondente, merecerão ser arroladas como testemunhas no futuro processo, no qual deverão ser ouvidas em juízo e sob contraditório⁵⁵⁰.

Outro exemplo de meio investigativo, mais moderno: a *infiltração de agente policial no âmbito de organização criminosa* (arts. 10 a 14 da Lei Federal nº 12.850/2013). Imagine-se que a corregedoria de determinada corporação policial detenha fundada razão para cogitar da existência de grupo organizado de policiais corruptos, os quais supostamente estariam exigindo vantagens pecuniárias indevidas e periódicas para acobertarem certo esquema criminoso. Mediante os devidos trâmites, é judicialmente autorizada a infiltração sigilosa de policial honesto no grupo investigado, a fim de que, ganhando-lhe a confiança, possa apurar a procedência ou improcedência da suspeita. Conforme o que o agente infiltrado vir ou escutar (e, com a devida discrição, relatar aos condutores da investigação), serão traçados novos caminhos investigativos, que poderão conduzir a *opinio delicti* positiva ou negativa.

Os *meios de investigação* (ou *meios investigativos*, ou *meios de pesquisa de prova*, ou *meios de obtenção de prova*) são, assim como os meios de prova, instrumentos ou atividades de reconstrução dos fatos relevantes para determinada causa. Entretanto, diferem-se dos meios de prova em pelo menos três pontos: quanto ao âmbito jurídico em que se realizam, quanto à forma de participação dos potenciais afetados e quanto à finalidade.

Enquanto os meios de prova são empregados em atividade ordinariamente processual (p.e., depoimento testemunhal, em juízo e sob contraditório), utilizam-se os meios de investigação, na imensa maioria dos casos, em âmbito *pré*⁵⁵¹ e

⁵⁴⁹ V. Capítulos 1 e 3, acima.

⁵⁵⁰ Ordinariamente, os depoimentos testemunhais em sede policial são, pois, meras verificações sobre a qualidade da pessoa depoente como potencial fonte de prova em eventual e futuro processo penal. Como já dito no Capítulo 1, situações extraordinárias (p.e., a morte superveniente e absolutamente inesperada do depoente) podem alterar em alguma medida o poder demonstrativo (ou persuasivo, como se entenda) do referido depoimento.

⁵⁵¹ Como se discorreu nos Capítulos 1 e 3, os meios de investigação não são necessariamente empregados *antes* do processo de conhecimento. Pode ocorrer, por exemplo, que, em pleno curso processual, as partes requeiram e o juiz determine o afastamento do sigilo bancário e fiscal de determinada pessoa; ou que a

*extraprocessual*⁵⁵² (p.e., depoimento unilateral de suposta testemunha perante delegado de polícia, ao ensejo de inquérito policial, no qual se conclui que o depoente demonstra ser fonte probatória pertinente quanto aos fatos investigados e, caso seja proposta demanda penal correspondente, merecerá ser arrolada como testemunha no futuro processo, no qual deverá ser ouvida em juízo e sob contraditório).

Se, de um lado, os meios de prova produzem seus normais efeitos sob pleno e prévio conhecimento de todos os potenciais afetados (p.e., promovem-se as devidas intimações para audiência judicial de depoimento testemunhal), de outro lado, empregam-se os meios de investigação sem necessidade de contraditório, em situações muitas vezes *surpreendentes*⁵⁵³ para o imputado (p.e., a autoridade policial ouve supostas testemunhas sem o conhecimento de eventual imputado, frequentemente antes mesmo que haja qualquer pessoa suspeita; são surpreendentes quase todos os monitoramentos, interceptações, infiltrações, vigilâncias a distância, buscas e apreensões etc.).

Ademais, ao passo que os meios de prova têm por fim a construção discursiva, sob regular e pleno contraditório, dos elementos de prova componentes de determinada causa, os meios de investigação se destinam prioritariamente à busca de elementos de informação em sentido amplo. Estes podem, direta ou indiretamente, indicar a inocorrência de crime punível, conduzindo à *opinio delicti* negativa, ou apontar no sentido da ocorrência de crime punível, conduzindo à *opinio delicti* positiva, a fontes de prova, a excepcionais elementos pré-constituídos de prova e a informações reforçadoras de futuras provas convergentes⁵⁵⁴.

Há também uma tendência verificada nos *meios de investigação* e que os distingue dos meios de prova⁵⁵⁵: por força de sua acentuada necessidade de dinamismo, os

polícia continue a ouvir possíveis testemunhas sobre esquema criminoso pelo qual determinadas pessoas já respondem a processo penal, sob a desconfiança policial de que o esquema ainda prossegue, sob redobrado sigilo.

⁵⁵² É possível, por exemplo, o juízo criminal determinar busca e apreensão no curso do processo penal cognitivo, embora tal medida seja de ocorrência prática quase nunca verificada, por sua provável ineficácia.

⁵⁵³ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 242-243.

⁵⁵⁴ Antonio Magalhães Gomes Filho, *Notas sobre a terminologia da prova*, obra citada, p. 310, entende que os vícios relativos aos meios de prova levam à *nullidade* da prova produzida, enquanto vícios quanto aos meios de investigação (obtenção) tornam a prova *inadmissível* no processo.

⁵⁵⁵ V. Capítulos 5 e 6.

meios de investigação se revelam especialmente sensíveis ao fenômeno da atipicidade probatória, a qual dá significativo ensejo à interpretação *praeter legem* e algum espaço para meios investigativos *meramente costumeiros e inovadores*.

Ocorre que o *processo judicial*, onde são utilizados os *meios de prova*, é estrutura bastante mais estável e previsível que a *fase de investigação criminal* (espaço privilegiado para os *meios de investigação*): aquele, preformatado por uma denúncia e detalhadamente regido pela lei, permite a seu condutor, com alguma clareza, antever-lhe os momentos procedimentais, os atores principais e coadjuvantes, as necessidades materiais e humanas etc.; este, impulsionado pela mera desconfiança de que delito punível tenha ocorrido, é necessariamente mais dinâmico, porque seu condutor navega em universo de possibilidades muito maior. Os *meios de prova*, no Direito Brasileiro, são os depoimentos em geral, as perícias e as juntadas documentais. Pela sua própria noção, tendem a formar rol delimitado. As técnicas (ou métodos) de implementação dos *meios prova*, na ausência de norma impositiva (p.e., a ordem de inquirição testemunhal, em audiência) ou proibitiva (p.e., vedação à tortura), somente devem ser livremente eleitas quando não comprimirem direitos fundamentais (p.e., forma como são gravados ou transcritos os depoimentos testemunhais); sujeitam-se, pois, a crescente regulamentação quando comprimirem direitos fundamentais (p.e., interrogatório por videoconferência).

Os *meios de investigação* são inúmeros – e, como se sustenta aqui, abertos a novos casos, decorrentes da necessidade de inovação técnica e tecnológica. Suas técnicas (ou métodos) de implementação, pela maior necessidade de dinamismo, devem ser, em regra, mais livres que as técnicas correspondentes aos meios de prova: ainda inexistindo acusação formalizada contra pessoa determinada, não há que se cogitar da intervenção significativa em direitos fundamentais em várias situações que, já no processo, assim seriam consideradas⁵⁵⁶. Mas insista-se: essa maior liberdade de atuação, importante

⁵⁵⁶ Um exemplo disso são os interrogatórios e inquirições por videoconferência, intimações por telefone ou *e-mail*, com registro nos autos, inclusive para fins de não comparecimento etc. No âmbito do processo penal, tais inovações somente são admissíveis após estabelecimento e regulamentação legais, uma vez que condicionantes de direitos fundamentais como ampla defesa e contraditório (v., p.e., STF, HC nº 88.914/SP, 2ª Turma, j. 14.08.2007, votação unânime; v. tb. §§ 2º a 9º do art. 185 do CPP, sobre o interrogatório por videoconferência, e § 3º do art. 201, sobre a comunicação por *e-mail* com o ofendido). Entretanto, durante a fase de investigação criminal, destinada essa apenas à formação da *opinio delicti*, o uso de novas tecnologias de comunicação pode ser mais flexivelmente admitido, até porque a correspondente prova oral deverá ser repetida em juízo, caso seja instaurado processo penal.

no contexto das técnicas (ou métodos) de investigação é eminentemente *praeter legem* (com espaço moderado para meios investigativos *meramente costumeiros e inovadores*); havendo norma impositiva ou proibitiva, não há que se cogitar de qualquer liberdade.

*Os meios de investigação se constituem na manifestação visível do que aqui se denominou ato de investigação*⁵⁵⁷. São exemplos de meios de investigação a tomada de depoimentos, a identificação e o reconhecimento de pessoas e coisas em fase pré-processual, a obtenção de objetos e documentos, a perícia investigativa, a inspeção, a busca e apreensão, as diversas interceptações e captações, os monitoramentos e vigilâncias a distância variados, a ação controlada, o cruzamento de informações etc. No caso da juntada de documentos, da audição de testemunhas e das perícias, o mesmo veículo epistemológico pode ser *meio de prova* ou *meio de investigação*, dependendo do momento procedimental, da finalidade, da profundidade cognitiva, do grau de contraditoriedade exigido e da autoridade destinatária do elemento cognitivo veiculado: caso o testemunho, documento ou perícia ocorra extrajudicialmente, sem contraditório e se destine à formação direta ou indireta da *opinio delicti*, trata-se de *meio de investigação*; caso ocorra sob o possível contraditório judicial e se destine à instrução processual e a influenciar no julgamento definitivo, trata-se de *meio de prova*.

4.4. Meios de investigação estatais menos invasivos

A ninguém deve ser imposta vigilância alheia, ainda que discreta ou até imperceptível, sem que haja fundamento legítimo para tanto⁵⁵⁸. Tal constatação evidencia que o emprego de qualquer meio de investigação criminal causa algum grau, ainda que insignificante, de interferência em direitos fundamentais.

⁵⁵⁷ V. Capítulo 3, subitem 3.2.

⁵⁵⁸ V. GÖTZ, Volkmar. *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, op. cit., p. 55-74 e 103-114. SCHENKE, Wolf-Rüdiger. *Polizei- und Ordnungsrecht*, op. cit., p. 16-21.

Há atos de investigação (instrumentalizados pelos respectivos meios e técnicas) que interferem pouco no plexo jurídico-fundamental das pessoas investigadas, de modo que o ordenamento lhes autoriza com maior grau de liberdade⁵⁵⁹.

Diante da dinamicidade inerente ao trabalho investigativo-persecutório, todos os ordenamentos jurídicos pesquisados concedem algum grau de discricionariedade aos respectivos órgãos policiais e ministeriais, tanto em relação a quais providências adotar, especialmente no início das apurações (inquirições, varreduras etc.), quanto no tocante ao modo de implementá-las. É o que se verifica, p.e., no arts. 55, 2, e 125 do CPP português (“compete em especial aos órgãos de polícia criminal, mesmo por iniciativa própria, colher notícia dos crimes e impedir quanto possível as suas consequências, descobrir os seus agentes e levar a cabo os actos necessários e urgentes destinados a assegurar os meios de prova”; “são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei.”)⁵⁶⁰.

O art. 6º, III, do CPP, ainda com a redação original de 1941, atribui à “autoridade policial” o dever-poder geral de, “logo que tiver conhecimento da prática de infração penal”, “colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias”. Tal *cláusula geral de atribuição investigativa*⁵⁶¹ não impediu o legislador de, já no corpo do vetusto CPP, disciplinar o procedimento de determinados meios de investigação, principalmente por se preocupar com a uniformização técnica⁵⁶². E, após o advento da ordem constitucional de 1988, passou a ser imprescindível a regulamentação legislativa mais detalhada de alguns deles, especialmente os considerados significativamente impactantes em direitos fundamentais: quanto maior a intervenção

⁵⁵⁹ Entretanto, os mais polêmicos meios de obtenção de prova (aqui incluídos na ampla categoria dos atos de investigação) invariavelmente envolvem restrições de direitos fundamentais: busca e apreensão (inviolabilidade do domicílio), interceptação telefônica (liberdade das comunicações telefônicas), acesso a dados protegidos por sigilo bancário e fiscal (proteção da intimidade), e assim por diante.

⁵⁶⁰ Cf. SILVA, Germano Marques. *Curso de Processo Penal*, v. 1 (p. 273-283) e v. 2 (p. 136-143). Lisboa: Verbo, 2008 (v. 1 e 2). No Direito espanhol, cf. MARTÍNEZ PÉREZ, Roberto. *Policia judicial y Constitución*. Navarra: 2001, p. 60-69 e 377-391. No ordenamento alemão, GUSY, Christoph. *Polizei- und Ordnungsrecht*. 8 ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, p. 88-91. KUGELMMANN, Dieter. *Polizei- und Ordnungsrecht*. 2. ed. Heidelberg: Springer, 2012, p. 129-133.

⁵⁶¹ Cf. SILVA, Germano Marques. *Curso de Processo Penal*, op. cit., v. 1 (p. 273-283) e v. 2 (p. 136-143). MARTÍNEZ PÉREZ, Roberto. *Policia judicial y Constitución*, op. cit., p. 60-69 e 377-391. GUSY, Christoph. *Polizei- und Ordnungsrecht*, op. cit., p. 88-91. KUGELMMANN, Dieter. *Polizei- und Ordnungsrecht*, op. cit., p. 129-133.

⁵⁶² V., p.e., os procedimentos instituídos, desde 1941, para o reconhecimento de pessoas e coisas (arts. 226 a 228 do CPP) e para a busca e apreensão (arts. 240 a 250 do CPP).

estatal no âmbito individual das pessoas investigadas, mais importante que o ordenamento jurídico estabeleça, além das medidas investigativas admissíveis, também o *modo* como estas devem ser implementadas, com o melhor detalhamento que o estágio evolutivo político-criminal possibilitar⁵⁶³.

No caso dos meios de investigação que *não comprimem significativamente direitos fundamentais*, há, em nosso ordenamento, exemplos dos cinco subgrupos já acima mencionados, quando se cogitou de provas típicas, atípicas e insatisfatoriamente típicas⁵⁶⁴: *i)* os detalhadamente tipificados, diretamente ou por remissão expressa; *ii)* os não mencionados como espécies autônomas, mas implicitamente emuladores de meios de prova típicos; *iii)* os nominados sob insuficiente detalhamento procedimental; *iv)* os meramente nominados, desprovidos de qualquer detalhamento procedimental; e *v)* os inominados.

No primeiro subgrupo (meios de investigação não significativamente compressores de direitos fundamentais e detalhadamente tipificados, diretamente ou por remissão expressa), encontram-se o exame de corpo de delito⁵⁶⁵, o reconhecimento de pessoas e coisas⁵⁶⁶ e a tomada de depoimento de pessoa investigada⁵⁶⁷.

⁵⁶³ A título de exemplo, o inciso XII do art. 5º da Constituição da República de 1988 estabeleceu a necessidade de lei especificamente processual penal como condição para a implementação judicial de interceptações telefônicas. Por isso, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que, na nova ordem constitucional, não mais seriam admissíveis interceptações telefônicas apenas fundamentadas no antigo Código Brasileiro de Telecomunicações, diploma de natureza jurídico-administrativa e atribuidor de poder judicial genérico e não procedimentalizado quanto às referidas interceptações (Lei Federal nº 4117/62, art. 57, II, “e”): “Não constitui violação de telecomunicação... o conhecimento dado... ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.”). V. STF, HC 72588/PB, julgado em 12.06.1996 (Tribunal Pleno), publicado no DJ de 04.08.2000, p. 3; e HC 81154/SP, julgado em 02.10.2001 (Segunda Turma), publicado no DJ de 19.12.2001, p. 4. V., abaixo, Capítulos 5 e 6.

⁵⁶⁴ V. subitem 4.2.

⁵⁶⁵ V. arts. 158 a 184 do CPP. O exame de corpo de delito deve ser considerado meio de investigação, ainda que também possa servir, em eventual processo penal, como meio de prova, porque, nos termos do art. 158 do CPP, acaba por constituir elemento cognitivo indispensável (ou, no mínimo, muito importante) para a reconstrução do caso investigado, sendo necessário (ou, pelo menos, muito recomendável) que anteceda eventual denúncia criminal sobre infração que deixe vestígio. V., a título de exemplo, no STF: HC 82587/RJ e HC 70193/RS; no STJ: HC 271687/SP, HC 237105/RJ e HC 215335/MS.

⁵⁶⁶ V. arts. 226 a 228 do CPP. A jurisprudência do STF há muito consagra o direito do acusado de, estando em liberdade, sequer comparecer ao evento estatal (audiência, inquirição etc.) no qual venha a ocorrer medida destinada ao seu reconhecimento (p.e., HC 79812/SP). Entretanto, no caso de apresentação voluntária ou de exibição coercitiva de acusado preso (colocado passivamente ao lado de outras pessoas, para que ocorra seu eventual reconhecimento), entende-se não violado nem significativamente comprimido o privilégio contra a não auto-incriminação.

⁵⁶⁷ Uma vez que, para a tomada de depoimento da pessoa investigada, o inciso V do art. 6º do CPP faz expressa remissão ao procedimento regulador do interrogatório de pessoa acusada (arts. 185 a 196 do CPP), também este meio de investigação (que é, também e principalmente, meio de defesa) deve ser

Os componentes do segundo subgrupo (meios de investigação não significativamente compressores de direitos fundamentais e não mencionados como categoria autônoma, mas implicitamente emuladores de meios de prova típicos) são tradicional decorrência da *cláusula geral de atribuição investigativa* do art. 6º, III, do CPP. Entre eles, a tomada de depoimento de potenciais testemunhas e do suposto ofendido, as perícias investigativas em geral⁵⁶⁸ e a juntada de documentos pertinentes ou relevantes para a investigação. Embora a lei brasileira não vincule sua regência procedimental ao homólogo meio de prova, a interpretação sistemática impõe o paralelismo normativo, no que for cabível.

No terceiro subgrupo (meios de investigação não significativamente compressores de direitos fundamentais e nominados sob insuficiente detalhamento procedimental), figura, por exemplo, a reprodução simulada dos fatos, objeto do art. 7º do CPP⁵⁶⁹: a lei estabelece a competência (atribuída à “autoridade policial”), uma finalidade (“verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo”) e uma singela condicionante (“desde que não contrarie a moralidade ou a ordem pública”); além dessa limitação, há outra, decorrente do princípio constitucional *nemo tenetur se detegere*⁵⁷⁰, a impedir que o investigado seja coagido a participar da medida contra a sua vontade; e nada mais do que isso⁵⁷¹.

considerado no subgrupo em tela.

⁵⁶⁸ Consideram-se não impactantes nos direitos fundamentais as perícias investigativas sobre coisas e sobre pessoas que não se recusem a ser examinadas; v. Capítulos 5 e 6.

⁵⁶⁹ Art. 7º do CPP: “Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.”

⁵⁷⁰ V., no STF, HC 69026 (Primeira Turma), julgado em 10.12.1991, publicado no DJ de 04.09.1992, p. 14091: “Habeas Corpus. Júri. Reconstituição do crime. (...) Paciente que se recusa a participar da reprodução simulada dos fatos. (...) A reconstituição do crime configura ato de caráter essencialmente probatório, pois destina-se – pela reprodução simulada dos fatos – a demonstrar o *modus faciendi* de prática delituosa (CPP, art. 7.). O suposto autor do ilícito penal não pode ser compelido, sob pena de caracterização de injusto constrangimento, a participar da reprodução simulada do fato delituoso. O magisterio doutrinário, atento ao princípio que concede a qualquer indiciado ou réu o privilégio contra a auto-incriminação, ressalta a circunstância de que é essencialmente voluntária a participação do imputado no ato – provido de indiscutível eficácia probatória – concretizador da reprodução simulada do fato delituoso. (...)”. No mesmo sentido, v. tb. HC 96219/SP e HC 99289/RS.

⁵⁷¹ Guilherme Madeira Dezem (*Da prova penal*, obra citada, p. 155) sugere que a reprodução simulada dos fatos seria meio de obtenção de prova atípico e meramente nominado. Discorda-se em parte de tal cogitação, porque algum grau de procedimentalização foi dado (competência, finalidade, condicionantes), embora sem detalhamento (v., no STF, HC 69026, com ementa parcial recém-transcrita). Trata-se, aparentemente, de meio-termo entre o que seria prova típica e a atipicidade por mera nomeação legal.

No quarto subgrupo (meramente nominados, desprovidos de qualquer detalhamento procedimental), tem-se o exemplo da “cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal”, meramente nominada como meio de obtenção de prova pelo art. 3º, VIII, da Lei Federal nº 12850/2013: apesar de tal diploma legislativo regular a investigação de crimes praticados no âmbito de organizações criminosas, é difícil negar que tal cooperação, inicialmente, não comprime direitos fundamentais e deve nortear a investigação de quaisquer infrações penais; por outro lado, tratando-se de princípio legal, contentou-se o legislador com seu enunciado, sem absolutamente nenhuma regulamentação

⁵⁷²

O quinto subgrupo é constituído pelos meios de investigação não significativamente compressores de direitos fundamentais e que existem, às vezes há muito tempo, sem nenhuma menção legal expressa ou, menos ainda, procedimento específico que os tornasse típicos. É o caso dos aqui denominados meios de investigação *meramente costumeiros*⁵⁷³, como as variadas averiguações policiais preliminares⁵⁷⁴ e as formas mais simples de monitoramento *in loco* e acompanhamento secreto de pessoas e coisas interessantes para a investigação, tudo feito em lugares públicos. Tais medidas – apesar de indispensáveis à rotina investigativa, tão antigas quanto a própria ideia de polícia e inquestionavelmente aceitas pelo nosso Direito⁵⁷⁵ – nunca foram sequer referidas por diplomas legislativos brasileiros. Manifestam-se de muitos modos, insuscetíveis de

⁵⁷² É possível objetar que a cooperação entre instituições não seria um meio de investigação, mas apenas a previsão de um dever de atendimento de solicitação de outros órgãos. Poderia ser a colaboração de um ato de investigação, por exemplo, quando a administração municipal forneça, à administração federal, dados de um servidor daquela. Nessa linha, a cooperação investigativa em si, assim como a cooperação jurídica internacional em matéria probatória, não seria meio de prova ou meio de investigação, mas apenas um facilitador da realização de meios de prova (p.e., tomada de depoimento) ou meio de investigação (p. e., localização de testemunhas). Preferiu-se, aqui, a abordagem abrangente, considerando-se a localização de fontes probatórias (p.e., testemunhas) como pertencente ao universo dos meios de investigação.

⁵⁷³ V. Capítulos 5 e 6.

⁵⁷⁴ Admitidas pela jurisprudência do STF como medidas prévias à instauração de inquérito policial, especialmente quando é o caso de se apurar a consistência mínima de notícia-crime anônima. V., no STF: Agravo Regimental no HC 120234/PR (Primeira Turma), julgado em 11.03.2014; HC 108.147 (Segunda Turma), publicado no DJe de 01.02.13; HC 105.484 (Segunda Turma), DJe de 16.04.13; HC 99.490 (Segunda Turma), DJe de 01.02.11; HC 98.345 (Primeira Turma), DJe de 17.09.10; HC 95.244 (Primeira Turma), DJe de 30.04.10.

⁵⁷⁵ Cf. ARAS, Vladimir. Whistleblowers, informantes e delatores anônimos. In: ZANELATO, Vilvana Damiani. *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – temas relevantes*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, p. 359-406.

catalogação fechada, uma vez que necessariamente adaptáveis às infinitas possibilidades do cotidiano investigativo: através de conversas informais entre policiais e moradores de determinada vizinhança, com a discreta observação dos contatos presenciais e hábitos de certa pessoa, por avaliação meramente ocular de possíveis sinais ostensivos de riqueza, mediante a coleta de material descartado⁵⁷⁶, pela consulta a fontes públicas de informação (impresas ou virtuais), pela filmagem, fotografia ou gravação de situações públicas etc. São, também essas medidas, tradicional decorrência da *cláusula geral de atribuição investigativa* do art. 6º, III, do CPP.

Como se discorrerá abaixo⁵⁷⁷, é também excepcionalmente possível que alguns *meios investigativos inovadores* também sejam juridicamente admissíveis e pouco invasivos em direitos fundamentais.

4.5. Meios de investigação estatais especialmente invasivos

Há, por outro lado, atos de investigação (instrumentalizados pelos respectivos meios e técnicas) que interferem significativamente no plexo jurídico-fundamental das pessoas investigadas, de modo que o ordenamento lhes autoriza com bastante reserva.

Atualmente, os meios de investigação compressores de direitos fundamentais, quando já consolidados na realidade jurídica nacional, tendem a receber melhor disciplina legal-procedimental: disso são exemplos medidas *típicas* como a busca e

⁵⁷⁶ Uma vez que a renúncia e o abandono de coisa móvel ou imóvel são causas de extinção da propriedade (art. 1275, II e III, do Código Civil), a coleta de material descartado, para fins de investigação criminal, não deve ser considerada significativamente impactante em direitos fundamentais. A jurisprudência brasileira, mesmo em casos bastante graves (resíduos corporais hospitalares e descarte de cadáver), entende não oponível a privacidade ao legítimo interesse estatal no esclarecimento de aparentes crimes: v., no STF, Questão de Ordem na Reclamação 2040/DF, julgada em 21.02.2002, pelo Tribunal Pleno, e, no STJ, REsp 1076982/PA, publicado no DJe de 05.05.2011). Sobre a obtenção de *material genético descartado pelo titular*, v. Capítulos 5 e 6.

⁵⁷⁷ V. Capítulos 5 e 6.

apreensão⁵⁷⁸, a interceptação telefônica⁵⁷⁹, o acesso a registros de ligações telefônicas⁵⁸⁰ e a dados cadastrais variados⁵⁸¹, a obtenção de dados financeiros⁵⁸², a identificação criminal⁵⁸³, a entrega vigiada de drogas ilícitas⁵⁸⁴, a colaboração premiada, a ação controlada e a infiltração de policiais em atividade de investigação⁵⁸⁵, que estão entre os mais detalhadamente regulamentados meios investigativos do ordenamento processual penal brasileiro.

Tratando-se de compressões significativas em direitos fundamentais, o ordenamento jurídico-criminal brasileiro demonstra clara preferência por meios de investigação satisfatoriamente *tipicos* (porque mais previsíveis e melhor controláveis); e, ao mesmo tempo, repudia o emprego de meios de investigação ilegais (ou seja, irrituais, anômalos ou inovadores *contra legem* ou *extra legem*). Mas, como será desenvolvido abaixo⁵⁸⁶, nosso ordenamento criminal (assim como, em maior ou menor grau, o de todos os países pesquisados⁵⁸⁷), em decorrência do crescente dinamismo das práticas criminosas, tolera, excepcional e temporariamente, a existência de certos meios investigativos que, apesar de intervirem significativamente em direitos fundamentais, *i)* são nominados sob insuficiente detalhamento procedimental, *ii)* são meramente nominados, sem qualquer detalhamento procedimental, e até pode haver *excepcionalíssimos* casos de meios *iii)* inominados.

Os exemplos de meios investigativos ilegais, por afronta a direitos fundamentais, são infinitos: das variadas formas de tortura às interceptações telefônicas clandestinas; do uso de drogas hipnóticas às violações de prerrogativas profissionais; do emprego de saberes pseudo-científicos à manipulação de resultados periciais.

⁵⁷⁸ V. arts. 240 a 250 do CPP.

⁵⁷⁹ V. Lei Federal nº 9296/96.

⁵⁸⁰ V. Lei Federal nº 12850/2013, art. 3º, IV, primeira parte, e art. 17.

⁵⁸¹ V. Lei Federal nº 12850/2013, art. 3º, IV, segunda e terceira partes, e arts. 15 e 16.

⁵⁸² V. Lei Complementar Federal nº 105/2001.

⁵⁸³ Cf. Lei Federal nº 12037/2009.

⁵⁸⁴ V. Lei Federal nº 11343/2006, art. 53, inciso II e parágrafo único.

⁵⁸⁵ V. Lei Federal nº 12850/2013, arts. 4º a 7º (colaboração premiada), arts. 8º e 9º (ação controlada) e arts. 10 a 14 (infiltração de policiais em atividade de investigação).

⁵⁸⁶ V. Capítulos 5 e 6.

⁵⁸⁷ V. Capítulo 6, subitem 6.5.1.

São poucos (porque excepcionais), mas importantes (porque componentes da zona cinzenta aqui estudada), os exemplos de meios de investigação que, apesar de intervirem significativamente em direitos fundamentais, não são sequer legalmente nominados ou recebem da lei insuficiente ou nenhuma disciplina procedimental.

Entre os inominados, estão os análogos a outros já existentes, sobre os quais ainda se discorrerá⁵⁸⁸.

Entre os meramente nominados, sem nenhuma disciplina procedimental, está a “captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos” e esteve *inicialmente* o “acesso a registros de ligações telemáticas”, laconicamente previstos nos incisos II e IV do art. 3º da Lei Federal nº 12850/2013⁵⁸⁹.

Dois exemplos de tipificação processual insuficiente, referentes à regulamentação da *ação controlada* e da *infiltração de agentes*, podem ser observados na sucessão político-criminal da Lei Federal nº 9034/95 (antigo diploma sobre organizações criminosas) para a Lei Federal nº 12850/2013 (novo diploma sobre o ponto, revogador do primeiro), sucessão essa entremeada por outros textos legais.

Sobre a *ação controlada*, a Lei Federal nº 9034/95, no inciso II de seu art. 2º, apenas dispunha que “consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações”. Tempos depois, a Lei Federal nº 11343/2006, art. 53, inciso II e parágrafo único, ao disciplinar a investigação de crimes relativos a drogas ilícitas, estabeleceu medida análoga (*entrega controlada*), através da qual, “em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização

⁵⁸⁸ V. Capítulos 5 e 6.

⁵⁸⁹ Outro exemplo de meio investigativo compressor de direitos fundamentais e meramente nominado, sem nenhuma disciplina procedimental, existia no art. 2º, III, da Lei Federal nº 9034/95, que veio a ser expressamente revogada pela Lei Federal nº 12850/2013: o diploma revogado previa, entre outros, “o acesso a informações financeiras e eleitorais”, sem o detalhamento que, mais de uma década após, vieram trazer os arts. 15 a 17 da Lei Federal nº 12850/2013.

judicial e ouvido o Ministério Público, (...) a não atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível”; a autorização judicial, nesse caso, “será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores”⁵⁹⁰. Por fim, bem mais detalhada, a Lei Federal nº 12850/2013 dedica dois extensos artigos (8º e 9º) à ação controlada, estabelecendo-lhe, além de conceito legal, mecanismos de controle, operacionalização do sigilo, atuação, redução de riscos e cooperação interinstitucional.

A *infiltração de agentes* já foi objeto de quatro sucessivos diplomas normativos. A Lei Federal nº 9034/95, no inciso I de seu art. 2º, apenas dispunha que seria o ingresso de “agentes de polícia especializada em quadrilhas ou bandos, vedada qualquer coparticipação delituosa, exceção feita ao disposto no art.288 do Código Penal, de cuja ação se preexclui, no caso, a antijuridicidade”. Tal dispositivo foi vetado, especialmente pela laconicidade da previsão, à época inovadora (entre outras ausências, não se exigia autorização judicial para a implementação da medida)⁵⁹¹. Posteriormente, a Lei Federal nº 10217/2001 incluiu no art. 2º da ainda vigente Lei Federal nº 9034/95 um inciso V (que previa a “infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial”) e um parágrafo único (“A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração.”). Em terceiro momento, o art. 53, I, da Lei Federal nº 11343/2006, ao dispor a investigação de crimes relativos a drogas ilícitas, dispôs que, “em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes

⁵⁹⁰ A medida consiste em a polícia investigativa, sob autorização judicial prévia e minimamente detalhada, vigiar e monitorar, a distância segura, prováveis *soldados rasos* de grupos criminosos (no caso da Lei Federal nº 11.343/2006, portadores de drogas ou produtos ilícitos congêneres), com a finalidade de, deixando-os agir com certa liberdade, identificar e responsabilizar maior número de integrantes (podendo ser alcançados, desejosamente, comparsas de maior *hierarquia* na organização). Antonio Scarance Fernandes aponta três possibilidades de atuação policial: a interrupção na entrega da coisa monitorada (interdição); a substituição dos objetos ilícitos transportados, sem que o transportador o perceba (substituição); ou a mera observação secreta da movimentação do investigado, para se compreender suas rotas, contatos, endereços frequentados etc. (acompanhamento). Cf. SCARANCA FERNANDES, Antonio. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: SCARANCA FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de. MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). Crime organizado – aspectos processuais. São Paulo: RT, 2009, p. 16.

⁵⁹¹ V. Mensagem Presidencial de Veto nº 483/95, disponível no endereço eletrônico http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-9034-1995.pdf.

previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, (...) a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes”. Finalmente, a Lei Federal nº 12850/2013, nos arts. 10 a 14, regulamentou pormenorizadamente tal meio de obtenção de prova, estabelecendo competências, atribuições, mecanismos de controle, operacionalização do sigilo, autuação, redução de riscos e proteção dos envolvidos.

O acesso a registros de ligações telemáticas tende a, no médio prazo, ser considerado exemplo de tipificação processual insuficiente: quando de sua instituição pelo inciso IV do art. 3º da Lei Federal nº 12850/2013, não lhe foi estabelecido qualquer procedimento jurídico, o qual veio a ser resumidamente regulamentado quase um ano após, pelos arts. 22 e 23 da Lei Federal nº 12965/2014; essa regulamentação inicial dá, por exemplo, expressa margem de apreciação ao juiz competente para a correta implementação da medida; é razoável supor que, em algum momento futuro, a realidade jurídica cobrará do legislador normas menos abertas sobre tal meio de investigação.

Essas três últimas modalidades de meios investigativos impactantes (sequer nominados, meramente nominados e insuficientemente tipificados) são objeto dos próximos capítulos.

4.6. Meios investigativos à disposição dos particulares

Os particulares também têm legítimo interesse em realizarem, por conta própria, atos de investigação criminal, sobretudo a defesa de pessoa penalmente imputada, as alegadas vítimas, os supostos titulares de pretensão acusatória privada e os assistentes de acusação. Tal legitimidade investigativa não decorre, obviamente, da *cláusula geral de atribuição investigativa* do art. 6º, III, do CPP, mas, sim, dos direitos fundamentais de ampla defesa (no caso do imputado) e de ação (nas hipóteses de vitimização, pretensão acusatória privada e de assistência à acusação)⁵⁹².

⁵⁹² V. art. 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição da República. V. SAAD, Marta. Exercício do direito de defesa no inquérito policial. In: *Boletim do IBCCrim*, nº 166, setembro de 2006. Da mesma autora, *O*

Por força do monopólio estatal da coerção, aos particulares restam geralmente disponíveis apenas os meios de investigação considerados não significativamente compressores de direitos fundamentais e, entre esses, somente os não reservados por lei a determinada função pública. Há, contudo exceções, como os meios de investigação fortemente interventores (p.e., interceptação telefônica) associados à legítima defesa de pessoas vitimadas por crimes em pleno andamento (p.e., extorsões variadas), ao estado de necessidade vivido por pessoas acusadas injustamente e à adoção de providências, pelos pais, destinadas à comprovação de crimes exauridos contra seus filhos⁵⁹³. No caso do *acesso a registros de ligações telemáticas*, o já transcrito art. 22 da Lei Federal nº 12965/2014 parece conceder legitimidade para particulares requerem a medida ao juízo competente.

Sem qualquer reserva, legitimam-se os referidos particulares, por si ou através de terceiros (p.e., investigadores particulares), às *rotineiras* medidas investigativas inominadas: conversas informais com possíveis testemunhas, observação dos contatos presenciais e hábitos de determinada pessoa, avaliação meramente ocular de possíveis sinais ostensivos de riqueza, coleta de material descartado, consulta a fontes públicas de informação (impresas ou virtuais), filmagem, fotografia ou gravação de situações públicas etc. Igualmente, em relação a seus próprios dados pessoais, ainda que constantes de cadastros sigilosos organizados por terceiros, detêm os particulares plena legitimidade para a obtenção de atestados, declarações e certidões, a serem exibidos ou juntados em autos investigativos conforme a conveniência do titular.

Quanto aos demais meios de investigação não significativamente interventivos em direitos fundamentais (tipificados, implicitamente emuladores de meios de prova típicos e nominados sem maior detalhamento), sua execução por particulares é

direito de defesa no inquérito policial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: RT, 2010. RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa do investigado. In: RASCOVSKI, Luiz (coord). *Temas relevantes de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 111-147. Cf. tb., no Direito italiano, STEFANI, Eraldo. DI DONATO, Fabrizio. *L'Investigazione privata nella pratica penale – guida alla indagine difensiva per avvocati, investigatori privati e consulenti tecnici*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 8-15 (sobre investigação defensiva e *o direito de se defender provando*) e p. 15-21 (sobre a investigação pelo ofendido e outros legítimos interessados).

⁵⁹³ V. Capítulo 2, item 2.5.

bastante dificultada, pois dependem do livre consentimento dos envolvidos (como no reconhecimento de pessoas e coisas, na reprodução simulada dos fatos, na obtenção de documentos relativos a terceiros e na tomada de depoimentos) ou se coloca, quando muito, em coadjuvação (como na participação, através de assistente técnico, em exame de corpo de delito ou perícia).

CAPITULO 5: ASPECTOS GERAIS DA INOVAÇÃO TÉCNICA E TECNOLÓGICA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

5.1. Dificuldades fáticas na investigação criminal brasileira

A ideia clássica de investigação criminal decorre de um fato aparentemente criminoso: constatando-se sua ocorrência, as estruturas persecutórias estatais (ou eventuais particulares interessados) se movem no sentido de seu esclarecimento. Tal noção inspira, por exemplo, o art. 6º do CPP brasileiro (“Logo que tiver conhecimento da prática de infração penal, a autoridade policial deverá dirigir-se ao local...”).

A partir da análise do fato aparentemente criminoso, ou seja, da constatação de indícios⁵⁹⁴ de materialidade delitiva (p.e., um cadáver é encontrado no passeio público), formulam-se hipóteses iniciais, que são testadas e, conforme o resultado, dão ensejo a novos dados e novas hipóteses, até que se chegue a conclusões – ou se afirme a perplexidade – sobre fato aparentemente típico, ilícito, culpável e punível, de modo a se orientar a formação da *opinio delicti* (positiva ou negativa).

Assim foi idealmente pensado o início da persecução penal: surge a notícia de suposto crime punível, apura-se sua provável ocorrência e, conforme o resultado de tal apuração, forma-se a *opinio delicti*.

Entretanto, esse modelo ideal está em xeque, especialmente no Brasil atual⁵⁹⁵.

Luís Eduardo Soares⁵⁹⁶, analisando as estatísticas criminais brasileiras,

⁵⁹⁴ A palavra indício, aqui, é usada no âmbito do *resultado da prova*, no sentido de prova semiplena, elemento informativo de *menor valor persuasivo*. Vide capítulo 1.

⁵⁹⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*, op. cit., v. 1, p. 227-236 e 325-332.

⁵⁹⁶ SOARES, Luís Eduardo. PEC-51: revolução na arquitetura institucional da segurança pública. In: *Boletim do IBCCrim*, ano 21, nº 252, novembro de 2013, São Paulo, p. 3-5.

conclui que o foco da repressão policial não se concentra na investigação criminal, mas em prisões em flagrante de pequenos (e supostos) traficantes de drogas e assaltantes: tais prisões são mais fáceis que as ações investigativas, transmitem maior impressão de efetividade em favor dos órgãos de segurança pública e geram estatísticas, a serem usadas política e eleitoralmente.

Grande parte dos delitos graves não é sequer noticiada⁵⁹⁷, permanecendo sob cifra oculta por variados motivos, como a opressão sócio-cultural (p.e., quanto a crimes sexuais e violência doméstica) ou a “blindagem” de esquemas criminosos especialmente sofisticados⁵⁹⁸.

Um exemplo dramático: de acordo com estatísticas oficiais, o Brasil tem dado ensejo a número muito elevado de aparentes homicídios dolosos⁵⁹⁹, cuja taxa de elucidação é desproporcionalmente baixa⁶⁰⁰.

O inquérito policial, principal forma de investigação criminal no Brasil, se demonstra lento, burocratizado, paralisado por excessivos *tempos mortos*⁶⁰¹, pautado por

⁵⁹⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*, op. cit., v. 1, p. 227-230.

⁵⁹⁸ O grande esquema criminoso notabilizado como “Mensalão”, que resultou na Ação Penal nº 470, do STF (pela qual vários políticos foram condenados por lesões milionárias ao Erário), somente veio a ser vislumbrado pelo Estado-Persecutor porque um de seus atores decidiu revelar sua existência. Caso tal revelação não tivesse ocorrido, é extremamente provável que tal esquema criminoso prosseguisse em operação sem qualquer suspeita da sociedade.

⁵⁹⁹ V. WASELFSZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2014*. Brasília: FLACSO Brasil e Governo Brasileiro, p. 15, 16, 69 e 174. Disponível em http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_JovensBrasil.pdf, com acesso em 29.10.2014. Segundo tal fonte (p. 69 e 174), de 95 países, avaliados entre 2008 e 2012, o Brasil é, proporcionalmente, o 7º mais homicida; em 2013, a taxa total de homicídios dolosos foi de 29 para cada 100.000 habitantes (entre os jovens, é de 57,6 para cada 100.000).

⁶⁰⁰ Cf. BRASIL. ESTRATÉGIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Meta 2: a impunidade como alvo*. Diagnóstico da investigação de homicídios no Brasil. Disponível em http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf, com acesso em 29.10.2014. Segundo tal fonte (p. 31-47), o Grupo de Persecução Penal da Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública (Enasp), estabeleceu, em 2010, a meta de concluir, até 30 de abril de 2012, ao menos 90% dos inquéritos policiais que investigavam homicídios dolosos no país, instaurados até 31 de dezembro de 2007 e ainda pendentes (ao todo, 134.944 procedimentos à época). Contudo, findo o prazo, 21 Unidades da Federação não conseguiram atingir a meta e 5 deles sequer cumpriram 20% da tarefa.

⁶⁰¹ Denomina-se, aqui, *tempo morto* à longa paralisação imposta pela espera de ato pendente, geralmente simples, mas obstativo da marcha procedimental, causado pela obstrução da agenda da pessoa responsável por sua prática. A título de exemplo recente, no Inquérito Policial Federal nº 3427/2012-1, em trâmite na Delegacia de Crimes Fazendários da Superintendência de Polícia Federal no Estado de São Paulo (SR/PF/SP/DELEFAZ), no qual se investigava suposto estelionato contra a Caixa Econômica Federal, designou-se o depoimento de aparente testemunha para *sete meses* no futuro, sugerindo a autoridade policial presidente, em despacho destinado ao Ministério Público Federal, que a apuração ficasse paralisada até a realização de tal ato investigativo. No Inquérito Policial Federal nº 0548/2013-1

tomadas de declarações quase sempre inúteis e gerador de muito pouco acréscimo elucidativo aos fatos provocadores de seu início.

Tais problemas intrínsecos, agravados pela falta de suporte material e humano-funcional⁶⁰², muito dificultam a investigação criminal no Brasil⁶⁰³. Mesmo em situações de notório empenho e priorização das forças investigativo-persecutórias, como em possíveis homicídios de políticos famosos⁶⁰⁴, é muito grande a chance de a apuração resultar em perplexidade.

O aperfeiçoamento das apurações criminais passa, portanto, pela reformulação infraestrutural das normas jurídicas, órgãos e mentalidades abrangidas pelo universo investigativo. É preciso inovar.

(SR/PF/SP/DELEFAZ), houve a prisão em flagrante por uso de passaporte falso perante empregado terceirizado, mas, na lavratura do auto de prisão, a Polícia Federal não teve o cuidado de tomar o depoimento (ou, sequer, qualificar) o empregado terceirizado que teve contato direto com o fato, preferindo ouvir (e qualificar) os agentes policiais para quem tal funcionário terceirizado se reportou logo após a apresentação do documento aparentemente falso – a justificativa seria “prática”: diferentemente dos agentes policiais lotados naquela delegacia de polícia, o empregado terceirizado provavelmente não mais estará ao fácil alcance da Justiça quando, anos depois, ocorrer a eventual audiência probatória; mas esse tipo de conduta “prática” leva a uma situação de testemunho indireto que se deveria, pelo menos, tentar evitar.

⁶⁰² Cf. BRASIL. ESTRATÉGIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Meta 2: a impunidade como alvo*, op. cit., p. 49-69. Sobre a necessidade de satisfatória estruturação material e humana do sistema penal (prédios, instalações, equipamentos, agentes públicos), como pressuposto para o seu adequado funcionamento, v. KALB, Luigi. *La “ricostruzione orale” del fatto tra “efficienza” ed “efficacia” del processo penale*. Torino: G. Giappichelli, 2005, p. 164-239.

⁶⁰³ A pouca efetividade das investigações criminais não é problema somente brasileiro. Em conferência ministrada no Instituto Max Planck para o Direito Criminal Comparado, o professor Sun Guoxiang, da Universidade Nanjing, relatou que, na China, só pequenos corruptos (e políticos e servidores públicos em desgraça junto ao governo central) são punidos por corrupção. É também interessante que muitas investigações sobre corrupção se iniciam a partir de furtos e roubos a residências de políticos e servidores públicos corruptos, os quais mantêm, ocultos nos próprios domicílios, grande quantidade de dinheiro em espécie; uma vez apreendida parte do dinheiro furtado de tais residências, iniciam-se as apurações sobre a forma como tais montantes chegaram às mãos (e depósitos domiciliares) das supostas vítimas dos furtos. SUN, Guoxiang. *Corruption in China*. Conferência proferida no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Freiburg im Breisgau, 13.08.2014. Arquivos do referido instituto.

⁶⁰⁴ Há vários exemplos notórios. As circunstâncias sobre a morte de Paulo César Farias, ex-tesoureiro da campanha política do ex-presidente Fernando Collor, permaneceram insatisfatoriamente esclarecidas. O aparente homicídio de Celso Daniel, então prefeito municipal de Santo André, demorou mais de uma década para ser investigado, e várias testemunhas do caso morreram em circunstâncias misteriosas. Em estranha coincidência, não foram registradas quaisquer informações sobre o último voo na caixa-preta do avião que, explodindo em acidente, provocou a morte do então candidato a presidente da República Eduardo Campos e seis outros membros de sua equipe.

5.2. O passado recente da inovação investigativa

Nas últimas décadas, poucos temas de Direito Público se demonstraram tão dinâmicos⁶⁰⁵ quanto a investigação criminal: por seu caráter instrumental, o Direito Processual tem necessitado de maior dinamismo que o Direito Material; o tema prova tem sido dos mais efervescentes do Direito Processual; e, dentro da temática geral da prova, a investigação criminal se apresentou especialmente sujeita a oscilações.

Há consenso entre os estudiosos no sentido da existência, ao lado de crimes simples e episódicos tão antigos quanto a humanidade (furtos, roubos, estupros e homicídios ocasionais), de atividades criminosas sofisticadas, praticadas após planejamento e preparação, muitas vezes mediante emprego de conhecimentos especializados e equipamentos de alta tecnologia. Como exemplo dessas atividades criminosas mais sofisticadas, observam-se desde pessoas que agem praticamente sozinhas (como no famoso esquema de fraudes financeiras que levou à condenação penal do norte-americano Bernard Madoff⁶⁰⁶) a pequenas quadrilhas altamente eficientes (praticantes de golpes vultosos na previdência social, roubos a bancos etc.)⁶⁰⁷, chegando-se a grandes e poderosas agremiações criminosas, alimentadoras, essas últimas, da ideia de *organizações criminosas*. Como já dito, tal noção, *em sentido amplo*, abarca, por exemplo, tanto as facções destinadas precipuamente à obtenção de vultosos lucros ilícitos – aqui denominadas *organizações criminosas em sentido estrito* –, quanto as chamadas *organizações terroristas* e outras entidades coletivas metapenais que têm afligido o ser humano contemporâneo.

⁶⁰⁵ V. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, op. cit., 285.

⁶⁰⁶ V. <http://www.insidernews.com.br/tudo-sobre/tudo-sobre-a-fraudecaso-de-bernard-madoff>.

⁶⁰⁷ O crime é fenômeno social com capacidade ímpar de mutação evolutiva. Até há pouco impensáveis, são hoje exemplos de novas formas de criminalidade complexa: a logística internacional para a exportação clandestina de lixo (de países industrializados, onde o descarte é caro, para países pobres, onde, muitas vezes, basta amontoar toneladas de lixo em terrenos remotos) e a moderna pirataria em águas internacionais (ambos os exemplos são verificados em países como a Etiópia). V. ZAGO, Evandro Farid; MINILLO, Xaman Korai Pinheiro. *Conseqüências da falência de um Estado: pirataria nas águas da Somália*. Disponível em <http://mundorama.net/2008/11/23/consequencias-da-falencia-de-um-estado-pirataria-nas-aguas-da-somalia-por-evandro-farid-zago-xaman-korai-pinheiro-minillo/>, acesso em 04.08.2014.

As já mencionadas características do *crime organizado em sentido amplo*⁶⁰⁸ cobram dos órgãos estatais de prevenção, investigação e repressão criminal estruturas e condutas muito mais elaboradas que as adotadas no enfrentamento da delituosidade clássica⁶⁰⁹.

Vale dizer: a atividade de tais *organizações criminosas em sentido amplo*, atualmente presente em todas as grandes sociedades urbanas do planeta, invariavelmente resulta na articulação de esquemas criminosos complexos e dinâmicos, cujo enfrentamento estatal têm imposto mudanças estruturais e posturais das sociedades políticas mundiais. Não é por acaso que praticamente todos os países com grau mínimo de sofisticação jurídica têm operado reformas em seus ordenamentos penais e processuais penais, na tentativa de prevenir e reprimir o *crime organizado em sentido amplo* – e tal esforço também se verifica na ordem internacional, como se constata pela assinatura das Convenções de Viena, Palermo, Mérida e outras.

Não se desconhecem as duras críticas criminológicas feitas ao uso não criterioso de tais expressões, por exemplo, em discursos midiáticos, eleitorais e até mesmo em manifestações jurídicas de propósito mais retórico que acadêmico⁶¹⁰. É certo que há

⁶⁰⁸ V. Capítulo 1, item 1.3, acima. Características consideradas essenciais: estabilidade e hierarquização, com estrutura e dinâmica emuladoras da forma empresarial; pluralidade de agentes; associação para o fim de se praticarem crimes considerados graves pelo ordenamento jurídico. Características particulares: finalidade lucrativa (nas organizações criminosas em sentido estrito) ou ideológica (nas organizações terroristas). Características acidentais frequentemente verificadas: elevado poder de corrupção e cooptação; uso de violência e intimidação para submeter os membros da organização e para obter a colaboração ou o silêncio de pessoas não-participantes do núcleo criminoso; emprego de mecanismos de lavagem de dinheiro para dar aparência de legitimidade ao dinheiro obtido criminosamente; tendência à expansão regional ou internacional; manuseio de modernas tecnologias e conhecimentos especializados. Cf. SCARANCA FERNANDES, Antonio. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: SCARANCA FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de. MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Crime organizado – aspectos processuais*. São Paulo: RT, 2009, p. 12-15. V. tb. BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCrim, 2004, p. 63-91. V. tb. SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 19-39.

⁶⁰⁹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 5-33.

⁶¹⁰ V. SANTOS, Juarez Cirino. *Crime organizado*. Palestra proferida no 1o. Fórum Latino-Americano de Política Criminal, promovido pelo IBCCrim, entre 14 e 17 de maio de 2002, em Ribeirão Preto, SP. Texto disponível em <http://www.juareztavares.com/textos.html>, acessado em 08.05.2013. Ali é dito que “O conceito de crime organizado, desenvolvido no centro do sistema de poder econômico e político globalizado, recebeu na periferia desse sistema homenagens de cidadania, como se fosse um discurso criminológico próprio. A introjeção do discurso sobre crime organizado no Terceiro Mundo produziu a necessidade de descobrir seu objeto real, em completa inversão do método de investigação científica: o processo de conhecimento, em vez de avançar da percepção do problema para sua definição, retrocede da definição do problema para sua percepção – o que explicaria, por exemplo, o inusitado destaque da *CPI*

exagero (e, às vezes, má-fé e populismo) no discurso de boa parte dos arautos da eficiência penal absolutizada⁶¹¹. Todavia, com base em fatos históricos recentes e em casos judicializados, parece cada vez mais objetivamente manifesta, no mundo contemporâneo, a existência de segmentos criminosos extremamente bem elaborados, causadores de grandes prejuízos sócio-econômicos e, muitas vezes, capazes de arrostar ou corroer o poder político constituído (como no caso da eterna luta entre polícia e traficantes de drogas nas fronteiras e favelas brasileiras), de amedrontar populações inteiras (como no caso do povo norte-americano após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001) ou de se encastelar no comando de importantes focos de poder político (como no caso de Alberto Fujimori e Vladimiro Montesinos, no Peru⁶¹², ou dos recentes escândalos brasileiros denominados “mensalões”, recentemente ocorridos no âmbito do governo federal e dos governos mineiro e brasiliense⁶¹³).

do Narcotráfico e o apelo de personagens como *Fernandinho Beira Mar*, exibido nos meios de comunicação de massa como personificação do crime organizado. (...) O conceito americano de crime organizado é, do ponto de vista da realidade, um mito; do ponto de vista da ciência, uma categoria sem conteúdo; e do ponto de vista prático, um rótulo desnecessário. (...) O discurso italiano sobre a Mafia não pode, simplesmente, ser transferido para outros contextos nacionais – como o Brasil, por exemplo –, sem grave distorção conceitual ou deformação do objeto de estudo: os limites de validade do discurso da criminologia italiana sobre organizações de tipo mafioso são fixados pela área dos dados da pesquisa científica respectiva, e qualquer discurso sobre fatos atribuíveis a organizações de tipo mafioso em outros países precisa ser validado por pesquisas científicas próprias. (...) No Brasil, a política criminal oficial contra o chamado crime organizado é responsável pela introdução dos seguintes institutos ou mecanismos lesivos dos fundamentos constitucionais do direito penal e do processo penal do Estado Democrático de Direito: (...) agente infiltrado (...); delação premial (...); supressão da liberdade provisória (...); quebra do sigilo das comunicações pela captação e interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos”.

⁶¹¹ V. as críticas provenientes do denominado “antiterrorismo penal”, que tem tentado alertar sobre os riscos da histeria jurídico-política no âmbito penal: NAHUM, Marco Antonio Rodrigues. A repressão ao crime e o antiterrorismo. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v. 11, n.128, p. 2-3, jul. 2003. PRADO, Geraldo. Movimento antiterror. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v. 11, n.n. esp., p. 4-5, out. 2003.

⁶¹² Cf. VILLARES, Fernanda Regina. PIZA, Lia Verônica de Toledo. Crime organizado no Peru. In: SCARANCA FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de. MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Crime organizado – aspectos processuais*. São Paulo: RT, 2009, p. 271-279.

⁶¹³ Os três recentes casos criminais, relativos a grandes esquemas de corrupção, desvio de dinheiro público, lavagem de ativos e outros crimes “de colarinho branco”, já tiveram passagem marcante pelo STF. A acusação contra ex-integrantes do Poder Executivo Federal, entre eles em ex-Ministro-Chefe da Casa Civil (alcançada de “Mensalão do PT”), está registrada no STF como “Ação Penal nº 470/MG” e resultou na condenação de todos os principais envolvidos. A acusação contra ex-integrantes do Poder Executivo de Minas Gerais, entre eles um ex-governador do Estado e atual Senador da República (apelidada de “Mensalão Mineiro”), está registrada no STF como “Inquérito nº 2280/MG”, no âmbito do qual o tribunal já recebeu a denúncia ministerial. E acusação contra ex-integrantes do Poder Executivo do Distrito Federal, entre eles o então governador, que chegou a ser formalmente denunciado e preso preventivamente em pleno exercício do mandato (apelidada de “Mensalão do DEM”), tramitou inicialmente no STJ (Ação Penal nº 622/DF, proc. nº 2010/0025074-8), passou pelo STF em sede de *habeas corpus* (HC nº 102732/DF, no qual o STF, denegando a ordem, chegou a manter preso, por curto período, o então governador do Distrito Federal) e, por conta da perda de prerrogativa de função dos envolvidos, acabou remetida à Quinta Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília.

Tratando-se as organizações criminosas, em sentido amplo, de coletividades de profissionais do crime dinamicamente articulados em estrutura hierarquizada, pelas quais giram pessoas, coisas e valores de origem ou destino ilícito, tudo no maior sigilo e discrição possíveis, mecanismos mais elaborados de vigilância e monitoramento têm se revelado promissores no esclarecimento da constituição e movimentação de tais grupos socialmente marginais.

O ordenamento jurídico-criminal brasileiro tem ensaiado respostas para, além de cuidar da criminalidade tradicional (para a qual costuma bastar a aplicação constitucionalizada do velho CPP), enfrentar o fenômeno do crime organizado em sentido amplo.

A Lei Federal nº 7.492/86, instituidora de crimes contra o sistema financeiro nacional, pode ser considerada uma precursora do monitoramento de valores mobiliários e fluxos de capital, ao positivar medidas ainda tímidas, como a criminalização da evasão de divisas (art. 22)⁶¹⁴ e a atribuição de dever-poder à Comissão de Valores

⁶¹⁴ Medida legislativa de caráter penal-material que acabou auxiliando o Estado Brasileiro a esboçar um começo de monitoramento de fluxos monetários não devidamente declarados (e muitas vezes ilícitos). Julgando o Habeas Corpus nº 8.133/RS (proc. Nº 1998/0083260-2; DJU de 12.02.2001, Seção 1, p. 145), o STJ examinou o seguinte caso, que indiretamente envolve o monitoramento de ativos: “PENAL. CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS. OURO. NATUREZA JURÍDICA. ATIVO FINANCEIRO. CARACTERIZAÇÃO. LEI Nº 4.595/64. LEI Nº 7.492/86. NORMA REGENTE. A natureza jurídica do ouro como instrumento de política cambial ou ativo financeiro já fora definida pela Lei nº 4.595/64, que no seu art. 11, III, arrolou as operações de compra e venda do precioso metal como meio de manter a estabilidade das taxas de câmbio. A remessa ilegal de ouro para o exterior configura o crime de evasão de divisas, previsto no art. 22, da Lei nº 7.492/86, mesmo antes da Carta Magna de 1988 e da Lei nº 7.766/89, diploma este de natureza eminentemente tributária, que não inovou no tocante à definição da natureza jurídica do ouro. *Habeas corpus* denegado.” Na Apelação Criminal nº 1999.70.02.004110-8/PR (DJU de 12.06.02, Seção 2, p. 482, julgado em 30.04.02), o TRF4 enfrentou a seguinte questão: “PENAL. ACR. SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. LEI 7.492/86, ART. 22, § ÚNICO. TENTATIVA DE EVASÃO DE DIVISAS. CP, ART. 14, II. PERDIMENTO DA QUANTIA APREENDIDA. CP, ART. 91, N, 'B' E 'C'. FIANÇA. RESTITUIÇÃO. 1) Constitui crime de tentativa de evasão de divisas, previsto no artigo 22, § único, da Lei nº 7.492/86, a conduta do agente que procura cruzar a Ponte Internacional da Amizade, que liga o Brasil ao Paraguai, portando R\$ 30.000,00 em moeda nacional, só não conseguindo por circunstâncias alheias à sua vontade, ou seja, revista da Polícia Federal. 2) A quantia apreendida com o agente na tentativa de evasão de divisas não é instrumento ou produto do crime, mas sim o seu objeto. Assim sendo, não pode ser declarada perdida .como efeito da condenação pela autoridade judiciária, por ausentes as hipóteses do art. 91, inc. n, alíneas 'a' e 'b' do CP. Ao juiz só resta em tal hipótese liberar a importância na esfera penal, porém sem devolvê-la ao agente, mas sim colocando-a à disposição da autoridade do Banco Central, face à possibilidade da perda do valor excedente em favor do Tesouro Nacional, nos termos do art. 65, § 3º, da Lei nº 9.069/95. (...)” Similarmente, na Apelação Criminal nº 2000.04.01.027653-1/PR (DJU de 19.06.02, Seção 2, P. 1216, julgado em 21.05.02), o mesmo TRF4 julgou: “LEI Nº 7.492/86. ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO. EVASÃO DE DIVISAS. (...) VALORES APREENDIDOS. PERDIMENTO. 1) A vontade livre e consciente do agente em cruzar a Ponte Internacional da Amizade portando cerca R\$ 80.000,00 em moeda nacional, reflete a conduta típica

Mobiliários para noticiar crimes financeiros ao Ministério Público Federal (art. 28) e até para figurar como assistente de acusação (possibilidade também aberta ao Banco Central do Brasil) em casos de crimes financeiros praticados no âmbito das respectivas atividades fiscalizatórias (art. 26)⁶¹⁵.

A Lei Federal nº 9.034/95 embora sem a devida disciplina procedimental, deu existência jurídica a especiais meios de investigação, destinados à “prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”: ação controlada, acesso a informações sigilosas, escutas ambientais e infiltração de agentes.

A Lei Federal nº 9.296/96, regulamentadora da interceptação das comunicações telefônicas e do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, provavelmente tem sido a principal técnica *especial* de vigilância e monitoramento de esquemas criminosos complexos. Através de tal medida, comunicações telefônicas ou telemáticas, de qualquer natureza, para fins de investigação criminal e em instrução processual penal, são judicialmente⁶¹⁶ autorizáveis nos casos imprescindíveis em

objeto do artigo 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 (evasão de divisas). (...) 4) O dinheiro, no crime de evasão de divisas, é 'produto de crime' ou 'proveito-auferido pelo agente com a prática do fato criminoso', na expressão do art. 91, II, 'h', do Código Penal, devendo ser decretada a perda do numerário apreendido em favor da União.”

⁶¹⁵ Enquanto a tipificação penal da evasão de divisas gerou e tem gerado bastante efeito prático, as duas outras medidas mencionadas (monitoramento e notícia-crime pela CVM e assistência processual penal desta e do Banco Central) têm tido, até hoje, eficácia muito reduzida, especialmente após o protagonismo do COAF, sobre o qual se discorrerá.

⁶¹⁶ A reserva de jurisdição sobre tal autorização tem sido levada a sério pela jurisprudência brasileira, como se percebe pelo seguinte precedente do STF (*Habeas Corpus* nº 80.949-9; DJU de 14.12.01, Seção 1, p. 26): “(...) III. GRAVAÇÃO CLANDESTINA DE 'CONVERSA INFORMAL' DO INDICIADO COM POLICIAIS. 3. Ilicitude decorrente – quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental – de constituir, dita 'conversa informal', modalidade de 'interrogatório' sub-reptício, o qual – além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (CPP, art. 6º, V) –, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação – *nemo tenetur se detegere* –, erigido em garantia fundamental pela Constituição – além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 CPP – importou compelir o inquiridor, na polícia ou em JUÍZO, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em 'conversa informal' gravada, clandestinamente ou não. IV. ESCUTA GRAVADA DA COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA COM TERCEIRO, QUE CONTERIA EVIDÊNCIA DE QUADRILHA QUE INTEGRARIAM: ILICITUDE, NAS CIRCUNSTÂNCIAS, COM RELAÇÃO A AMBOS OS INTERLOCUTORES. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores – cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito – mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida

que ficarem demonstrados indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal punida com reclusão, descrevendo-se com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. Segundo o artigo art. 5º do referido diploma, a decisão autorizadora da interceptação “será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”⁶¹⁷. Por ser conduta investigativa promissora, a interceptação telefônica e telemática tem sido muito solicitada pelos órgãos responsáveis pela investigação criminal, sendo geralmente deferida até em casos de necessidade, prolongamento ou amplitude duvidosos – o que tem levado os órgãos judiciários mais graduados a aumentar o controle jurisprudencial⁶¹⁸ e administrativo-correicional⁶¹⁹ sobre eventuais abusos.

A Lei Federal nº 9.613/98⁶²⁰, ao dispor sobre os crimes de *lavagem* ou ocultação de bens, direitos e valores, buscou criar mecanismos destinados à “prevenção da

mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina – ainda quando livre o seu assentimento nela – em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. (...) *Habeas corpus* parcialmente concedido.”

⁶¹⁷ Prevalece na jurisprudência o entendimento de que, uma vez demonstrada a complexidade dos fatos e a indispensabilidade da medida, subsistentes os demais fundamentos que autorizaram a primeira ordem judicial, pode ser sucessivamente prorrogada a interceptação telefônica ou telemática, dentro de limites razoáveis a serem aferidos em cada caso (v., por exemplo, no STF: Inq 2424, Tribunal Pleno, julgado em 26.11.2008, DJ-e 55, divulgado em 25.03.2010, publicado em 26.03.2010, Ementário v. 2395-02, p. 341; e HC 92020, julgado em 21.09.2010, DJ-e 213, divulgado em 05.11.2010 e publicado em 08.11.2010, Ementário v. 2426-1, p. 45).

⁶¹⁸ O STJ, no *Habeas Corpus* nº 143.697-PR, julgado em 22.09.2009, assim decidiu: “(...) Ilegítima é a prorrogação por quase um ano [*de interceptações telefônicas*] sem específica indicação da necessidade e indispensabilidade dessa gravosa medida, e inclusive contrariando a desimportância apontada pela própria autoridade policial acerca de terminais não utilizados pelos investigados. (...) Reconhecida a ilicitude da prova pelo próprio Tribunal a quo, ante a falta de fundamentação das decisões de prorrogação da medida de interceptação telefônica do acusado, a única solução possível é a sua total desconsideração pelo Juízo processante e o desentranhamento do processo das transcrições dessas interceptações consideradas ilegais, como consectário lógico e necessário de reconhecimento de ser ilícita a prova colhida ao abrigo de decisões judiciais não fundamentadas, como assentou o egrégio TRF da 4ª Região. (...)”

⁶¹⁹ Em maio de 2010, o Conselho Nacional de Justiça informou ao site Consultor Jurídico (v. <http://www.conjur.com.br/2010-mai-23/cnj-revela-brasil-105-mil-interceptacoes-telefonicas-curso>) que, naquele momento, estavam em execução, no Brasil, cerca de dez mil e quinhentas interceptações telefônicas e telemáticas judicialmente autorizadas, fato que a Corregedoria Nacional da Justiça considerou, no mínimo, digno de acompanhamento.

⁶²⁰ Com recentes e importantes alterações da Lei Federal nº 12.683/2012.

utilização do sistema financeiro para os referidos ilícitos” e criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), importante e ativo órgão de vigilância e monitoramento de movimentações financeiras e até de bens móveis de alto valor agregado, como joias, objetos de arte e antiguidades. Além do monitoramento naturalmente decorrente da criminalização da *lavagem* de ativos⁶²¹, a normatização legal e infralegal sobre o COAF tem permitido ampla atuação do órgão no controle de fluxos patrimoniais suspeitos – o que tem gerado, entre os juristas, críticas relativas ao pouco controle estatal sobre o próprio COAF e sobre a legitimidade do compartilhamento de certos dados por ele obtidos, em face da proteção constitucional à intimidade, à vida privada e das inviolabilidades congêneres positivadas na Constituição da República⁶²². Restando aberta a questão dos limites jurídicos a sua atuação⁶²³, o COAF tem monitorado operações patrimoniais, especialmente as financeiras⁶²⁴, e, nos casos em que, por critérios ainda

⁶²¹ STF, RHC 80.816-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 10.4.2001: “O simples depósito, em conta-corrente alheia, de valores provenientes de crime praticado contra a administração pública consubstancia, em tese, a figura do inciso I, do § 1º do art. 1º da Lei 9.613/98 – lei da lavagem de dinheiro (‘incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo: I - os converte em ativos lícitos;’). Com esse entendimento, a Turma negou provimento a recurso ordinário em *habeas corpus* em que se alegava ausência de justa causa em decorrência da simplicidade da conduta do paciente – sem a complexidade das operações internacionais para reintegrar o produto do crime – e da pequena quantia envolvida.”

⁶²² Cf. BADARÓ, Gustavo H. R. Ivahy. Lei nº 10.701, de 9 de julho de 2003: análise inicial das alterações da “lei de lavagem de dinheiro”. *Boletim IBCCRIM*, nº 129, agosto de 2003. No artigo, o autor questiona a validade constitucional da alteração trazida pela Lei Federal nº 10.071/2003, que acrescentou o § 3º ao art. 14 da Lei Federal nº 9.613/98 (“§ 3º – O COAF poderá requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas.”). Segundo BADARÓ, a hipótese implicaria “quebra do sigilo bancário sem autorização judicial”.

⁶²³ V., no STJ, Habeas Corpus nº 191.378, julgado em 15.09.2011: assentou-se a insuficiência do relatório do COAF para, sozinho, fundamentar o afastamento dos sigilos constitucionais protetores da intimidade e vida privada.

⁶²⁴ V. julgado do TRF2 (HC 200802010179611, Rel. Des. Fed. Abel Gomes, Primeira Turma Especializada, julgado em 26.06.2009; grifos deste autor): “I – PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. II – LAVAGEM DE DINHEIRO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. III – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO CONFIGURAÇÃO. IV – DENEGAÇÃO DA ORDEM. I – A denúncia ora impugnada demonstra que a apuração dos fatos em determinada operação policial, referida no voto, evidenciou a existência de *quadrilha organizada que já opera de longa data e que precisaria lavar o lucro obtido com a atividade delituosa*. O primeiro paciente integraria tal organização criminosa. II – A denúncia liga essa organização criminosa à prática de crime de lavagem de dinheiro, inclusive pelo primeiro paciente e sua esposa (segunda paciente), que estariam efetuando as retificações nas declarações de rendimentos exatamente para lavarem dinheiro decorrente de atividades de associação criminosa. III – Uma das principais finalidades do agente da lavagem de dinheiro, é exatamente obter da Receita Federal a legitimação dos capitais amealhados, razão pela qual, declará-los ao fisco, ainda que mediante artifício, é a apoteose da lavagem de dinheiro, pois se trata de um órgão público de respeito que chancela a propriedade dos bens, direitos ou valores. No caso, *o próprio COAF informou operação atípica em relação ao nome da segunda paciente*. IV – Não é apenas aquele que pratica o crime antecedente que pode ser autor de lavagem de dinheiro, mas também com ele respondem todos aqueles que de alguma forma concorrem para a conduta de dissimulação, emprestando seus nomes, ainda que isso recaia sobre pessoa da família ou do cônjuge. V – A articulação da imputação é lógica e estabelece um mínimo de

pouco divulgados à comunidade jurídica, houver *suspeita* de lavagem de dinheiro, tal conselho a comunica formalmente às autoridades competentes⁶²⁵, dentre elas se destacando, como destinatário privilegiado de dossiês e documentos, o Ministério Público, que poderá dar início a investigação preliminar⁶²⁶.

A Lei Complementar Federal nº 105/2001, ao dispor sobre o sigilo das operações de instituições financeiras (também chamado *sigilo bancário*), regulamentou o compartilhamento de dados bancários e financeiros com órgãos estatais competentes para a vigilância e monitoramento de fluxos monetários, criminosos ou não. Do mesmo modo que outros institutos (especialmente os relativos à obtenção de dados e cadastros da esfera privada de pessoas investigadas), o compartilhamento de sigilo bancário tem sido acusado de banalização por parte da doutrina brasileira⁶²⁷. De fato, a sociedade contemporânea, já

ligação entre aquilo que transparece a legitimação de valores através de retificação de declaração de imposto de renda, com atividades de associação criminosa organizada que opera há algum tempo. VI – Denegação da ordem.”

⁶²⁵ Art. 15 da Lei Federal nº 9613/98: “O COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito.”

⁶²⁶ Cf. CORRÊA, Tatiana Machado. A lavagem de dinheiro e a comunicação de operações bancárias suspeitas pelo COAF: qual medida a ser adotada pelo dominus litis? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 182, p. 9, fev. 2008. Nas palavras da autora: “É polêmica a questão sobre a possibilidade do Ministério Público efetuar diligências investigatórias. No item 5 do Decálogo da Investigação Criminal pelo Ministério Público, consta que o Parquet não pode ser mero espectador da investigação, podendo requisitar diligências e também realizá-las diretamente, sempre que se fizer necessário. O procurador da República Claudio Fonteles defende que, ao crime de lavagem de dinheiro, espécie do gênero crime contra o sistema financeiro nacional, aplicam-se os arts. 26 e seguintes da Lei nº 7.492/86, que permitem à acusação requisitar diretamente informações que entender necessárias à formação da *opinio delicti*. Por outro lado, nessas hipóteses, o Poder Judiciário vem se manifestando pela necessidade de afastamento judicial dos sigilos bancário e fiscal, como decidiu a 1ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, por unanimidade, nos autos do HC nº 3753 (Processo nº 2004.02.01.012464-1, rel. juiz federal convocado Alexandre Libonati de Abreu, DJU, S.II, fls. 70/72 06.04.2005): ‘I - A decisão judicial que aprecia o pedido de quebra de sigilo fiscal e bancário não se encontra condicionada à existência de diligências prévias, menos gravosas, concluídas, ou em andamento. Entretanto, ao ser proferida deve estar devidamente fundamentada e expor as razões pelas quais o juiz considera a medida indispensável. II(...) III - É lícita a quebra de sigilo bancário e fiscal, judicialmente decretada, para possibilitar ao Ministério Público Federal a coleta de informações para apuração da prática, em tese, de crimes de lavagem de dinheiro, que, por sua especificidade, sem o deferimento da medida, tornam-se de difícil elucidação. IV - Não há se falar em constrangimento ilegal suportado pelos pacientes, em virtude do deferimento da medida de afastamento de sigilo fiscal e bancário, mormente se se considerar a permissão legal prevista no inciso VIII, do § 4º, do art. 1º, da Lei Complementar 105/2001, que dispõe sobre o sigilo das operações financeiras. IV - Ordem denegada.’”

⁶²⁷ Eventualmente, a jurisprudência impede a obtenção de dados sigilosos fiscais ou bancários, entre outros motivos, por sua *desnecessidade*, até mesmo por conta do sistema processual de ônus probatórios, que tem alguma serventia até mesmo no processo penal. Vale citar este *obiter dictum* do TRF5, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 1328-CE (proc. Nº 2001.05.00.038029-0; DJU de 29.05.02, Seção 2, p. 750, julgado em 11.11.01): “(...) 3 – A quebra do sigilo bancário só deve ser decretada, e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade, quando existentes fundados elementos de suspeita que se apoiem em indícios idôneos, reveladores de possível autoria de prática delituosa por parte daquele que sofre as investigações.

habituada a *revistas de celebridades, paparazzi, web-cams e reality shows*, aparenta se impressionar cada vez menos com a divulgação da privacidade alheia...

A Lei Federal nº 12.654/2012 prevê a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, alterando-se as Leis Federais nºs 12.037/2009 (sobre identificação criminal) e 7.210/1984 (execução penal). A nova lei autoriza a coleta de material genético e disciplina o funcionamento dos bancos de dados genéticos, onde as amostras ficarão armazenadas, realçando o sigilo sobre os dados depositados. Além disso, são legalmente previstas situações nas quais será possível colher amostras genéticas de suspeitos e condenados.

Mais recentemente, foi sancionada e publicada a Lei Federal nº 12850/2013, que, revogando a Lei Federal nº 9.034/95, se apresenta atualmente como o principal diploma brasileiro sobre organizações criminosas. Meios de investigação outrora apenas mencionados (ou insuficientemente disciplinados) pela revogada Lei Federal nº 9.034/95, receberam significativa disciplina procedimental na Lei Federal nº 12850/2013: foi o caso da ação controlada, do acesso a informações sigilosas e da infiltração de agentes⁶²⁸. A colaboração premiada, até então esparsa no ordenamento brasileiro, recebeu melhor tipificação procedimental⁶²⁹. E, estranhamente, a “captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos” *perdeu hierarquia* no Direito Probatório brasileiro: de meio investigativo *insuficientemente* tipificado pelo art. 2º, IV, da Lei Federal nº 9.034/95 (que, pelo menos, impunha a “circunstanciada autorização judicial”), passou a

A decisão que autoriza a quebra do sigilo bancário há de ser fundamentada (Artigo 93, IX da CF/88), sob pena de nulidade. (...) Na busca da elucidação aos fatos tidos como transgressores da norma jurídica e sua autoria, com a investigação policial, o Estado desenvolve atividade intensa, típica, à propositura da ação penal.” No *Habeas Corpus* nº 2000.04.01.055894-9/SC (publicado no DJU de 01.12.2000, Seção 2, p. 204), o TRF4 unanimemente deferiu a ordem pleiteada no seguinte sentido: “(...) 2) O ônus da coleta e demonstração, ao juízo, dos elementos que possam exculpar a conduta, competem ao réu, ora paciente, e não ao juiz e, tampouco ao órgão acusador. 3) Havendo suspeita da prática de outros crimes, contra a ordem tributária ou contra o sistema financeiro nacional (Leis nº 8.137/90 e 7.492/86) deve ser instaurado novo procedimento investigatório, no qual é permitido pela legislação de regência a quebra do sigilo bancário e fiscal dos investigados, desde que previamente autorizados pelo Poder Judiciário. 4) Quebra de sigilo que se revela impertinente ao caso concreto. A inércia do Paciente em demonstrar sua inocência, fará com que suporte as conseqüências da persecução penal. 5) Ordem deferida, mantendo-se a inviabilidade, neste processo, e por esses motivos, da quebra do sigilo fiscal do Paciente, como pessoa física.”

⁶²⁸ Comparem-se os lacônicos incisos do art. 2º da Lei 9034/95 com as detalhadas disposições da Lei Federal nº 12850/2013: arts. 8º e 9º (ação controlada), arts. 10 a 14 (infiltração de policiais em atividade de investigação) e arts. 15 a 17 (acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações).

⁶²⁹ V. Lei Federal nº 12850/2013, arts. 4º a 7º.

meio investigativo *puramente nominado* pelo art. 3º, II, da Lei Federal nº 12850/2013.

Na jurisprudência brasileira, a contraposição entre arrojo investigativo e garantias fundamentais está longe de ser equacionada. No *Habeas Corpus* nº 149.250⁶³⁰, julgado em 07.06.2011, o Superior Tribunal de Justiça considerou inadmissível a participação de pessoas estranhas à Polícia Federal (funcionários da Agência Brasileira de Informação e um detetive particular) em investigação referente a supostos crimes

⁶³⁰ PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO SATIAGRAHA. PARTICIPAÇÃO IRREGULAR, INDIVIDUALMENTE COMPROVADA, DE DEZENAS DE FUNCIONÁRIOS DA AGÊNCIA BRASILEIRA DE INFORMAÇÃO (ABIN) E DE EX-SERVIDOR DO SNI, EM INVESTIGAÇÃO CONDUZIDA PELA POLÍCIA FEDERAL. MANIFESTO ABUSO DE PODER. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAR-SE A ATUAÇÃO EFETIVADA COMO HIPÓTESE EXCEPCIONALÍSSIMA, CAPAZ DE PERMITIR COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ÓRGÃOS INTEGRANTES DO SISTEMA BRASILEIRO DE INTELIGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PRECEITO LEGAL AUTORIZANDO-A. PATENTE A OCORRÊNCIA DE INTROMISSÃO ESTATAL, ABUSIVA E ILEGAL NA ESFERA DA VIDA PRIVADA, NO CASO CONCRETO. VIOLAÇÕES DA HONRA, DA IMAGEM E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INDEVIDA OBTENÇÃO DE PROVA ILÍCITA, PORQUANTO COLHIDA EM DESCONFORMIDADE COM PRECEITO LEGAL. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. AS NULIDADES VERIFICADAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL, E DEMONSTRADAS À EXAUSTÃO, CONTAMINAM FUTURA AÇÃO PENAL. INFRINGÊNCIA A DIVERSOS DISPOSITIVOS DE LEI. CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA IMPARCIALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL INQUESTIONAVELMENTE CARACTERIZADA. A AUTORIDADE DO JUIZ ESTÁ DIRETAMENTE LIGADA À SUA INDEPENDÊNCIA AO JULGAR E À IMPARCIALIDADE. UMA DECISÃO JUDICIAL NÃO PODE SER DITADA POR CRITÉRIOS SUBJETIVOS, NORTEADA PELO ABUSO DE PODER OU DISTANCIADA DOS PARÂMETROS LEGAIS. ESSAS EXIGÊNCIAS DECORREM DOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS E DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO. NULIDADE DOS PROCEDIMENTOS QUE SE IMPÕE, ANULANDO-SE, DESDE O INÍCIO, A AÇÃO PENAL. 1. Uma análise detida dos 11 (onze) volumes que compõem o HC demonstra que existe uma grande quantidade de provas aptas a confirmar, cabalmente, a participação indevida, flagrantemente ilegal e abusiva, da ABIN e do investigador particular contratado pelo Delegado responsável pela chefia da Operação Satiagraha. 2. Não há se falar em compartilhamento de dados entre a ABIN e a Polícia Federal, haja vista que a hipótese dos autos não se enquadra nas exceções previstas na Lei nº 9.883/99. 3. Vivemos em um Estado Democrático de Direito, no qual, como nos ensina a Profª. Ada Pellegrini Grinover, in "Nulidades no Processo Penal", "o direito à prova está limitado, na medida em que constitui as garantias do contraditório e da ampla defesa, de sorte que o seu exercício não pode ultrapassar os limites da lei e, sobretudo, da Constituição." 4. No caso em exame, é inquestionável o prejuízo acarretado pelas investigações realizadas em desconformidade com as normas legais, e não convalidam, sob qualquer ângulo que seja analisada a questão, porquanto é manifesta a nulidade das diligências perpetradas pelos agentes da ABIN e um ex-agente do SNI, ao arremetimento da lei. 5. Insta assinalar, por oportuno, que o juiz deve estrita fidelidade à lei penal, dela não podendo se afastar a não ser que imprudentemente se arrisque a percorrer, de forma isolada, o caminho tortuoso da subjetividade que, não poucas vezes, desemboca na odiosa perda da imparcialidade. Ele não deve, jamais, perder de vista a importância da democracia e do Estado Democrático de Direito. 6. Portanto, inexistem dúvidas de que tais provas estão irremediavelmente maculadas, devendo ser consideradas ilícitas e inadmissíveis, circunstâncias que as tornam destituídas de qualquer eficácia jurídica, consoante entendimento já cristalizado pela doutrina pacífica e lastreado na torrencial jurisprudência dos nossos tribunais. 7. Pelo exposto, concedo a ordem para anular, todas as provas produzidas, em especial a dos procedimentos nº 2007.61.81.010208-7 (monitoramento telefônico), nº 2007.61.81.011419-3 (monitoramento telefônico), e nº 2008.61.81.008291-3 (ação controlada), e dos demais correlatos, anulando também, desde o início, a ação penal, na mesma esteira do bem elaborado parecer exarado pela d. Procuradoria da República. (STJ).

financeiros; no *Habeas Corpus* nº 191.378⁶³¹, julgado em 15.09.2011, o Superior Tribunal de Justiça invalidou quebras de sigilo (bancário, fiscal e telefônico) judicialmente decretadas com base exclusiva em relatório de análise do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Tais casos, assim como outros análogos, ainda não foram apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, o que só contribui para o dissenso.

Em ordenamentos jurídicos estrangeiros, a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema também é muito atual, como se pode perceber, a título exemplificativo, nos ordenamentos estadunidense e alemão.

Na Alemanha, apesar da evidente comoção popular diante do medo do terrorismo, a jurisprudência tem sinalizado para a necessidade de haver regulamentação legislativa suficiente sobre qualquer medida investigativa inovadora, e, além disso, perene controle sobre os órgãos investigadores. Disso são exemplos, na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* e do *Bundesgerichtshof*: a proibição de escutas ambientais domiciliares que visem à obtenção de informações relativas ao cerne da intimidade do investigado (por exemplo, preferência sexual, relações conjugais)⁶³²; a imposição de estreitos limites fáticos à instalação de “programas-espões” nos computadores particulares de investigados⁶³³ e de utilização, como provas incriminatórias, de papéis personalíssimos do investigado, tais como seu diário⁶³⁴, tudo isso para preservar um espaço de intangibilidade na vida privada do investigado; a limitação de agentes infiltrados na investigação de crimes graves e de outro modo insolvíveis⁶³⁵; a relatividade da prova decorrente de análises genéticas (DNA)⁶³⁶; a declaração de inconstitucionalidade do

HC 149250/SP, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu, desembargador convocado do TJRJ, Quinta Turma, julgado em 07.06.2011, publicado no DJe de 05.09.2011)

⁶³¹ Processo nº 0216887-40-2010.3.00.0000. Acórdão (unânime) ainda não publicado. O voto condutor, entretanto, está disponível em http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2225 (acessado em 15.10.2011). No início da fundamentação, o relator, Ministro Sebastião Reis Júnior, apresenta as seguintes indagações: “Qual o 'valor mais nobre': o de proteção à intimidade das pessoas ou o da busca da verdade nos processos? Qual o limite da relativização dos direitos fundamentais? Quais os 'limites' do direito à prova? O 'modo de agir' pode valer mais do que o 'resultado'? Como devem ser vistas as regras probatórias?”

⁶³² Referência jurisprudencial: BVerfGE 109, 279.

⁶³³ Referência jurisprudencial: BVerfGE 27.02.2008, 1BvR370/07, 1BvR 595/07. O BVerfG entendeu somente admissível a utilização de “programas espões” para investigar dados e conexões computacionais privados após ordem judicial, em casos de concreta ameaça à vida humana, a estabilidade estatal ou outro interesse igualmente ponderoso.

⁶³⁴ Referência jurisprudencial: BVerfGE 80, 367 (373).

⁶³⁵ Referências jurisprudenciais: BVerfGE 57, 250; BGHSt 32, 115; BVerfGE 103, 21.

⁶³⁶ Referência jurisprudencial: BGHSt 37, 157.

dispositivo legal autorizador do abate de aviões tripulados que fossem sequestrados para prováveis fins de atentados terroristas⁶³⁷; o rigoroso controle externo da atividade policial, com vedação absoluta à tortura, a ponto de o tribunal local (*Landesgericht*) de Frankfurt am Main, em 2005, ter condenado por abuso de autoridade um policial que *ameaçou* torturar um dos sequestradores de certa criança, para que aquele revelasse o paradeiro desta⁶³⁸. Por outro lado, o princípio da presunção de inocência é mais débil no ordenamento alemão (só se impondo até a superveniência de prova em sentido contrário⁶³⁹); além disso, recentes modificações na jurisprudência alemã têm apontado para a facilitação de investigações relativas a atividades terroristas: tem-se admitido, na investigação de atividades terroristas, a troca de informações entre polícia investigativa e agências de inteligência⁶⁴⁰, algo até quase impensável entre os anos 1950 e 2000; e a vedação às provas ilícitas por derivação tem sido considerada cada vez mais excepcional, ou seja, tem-se admitido, em casos especiais e através de fundamentado juízo de proporcionalidade, a valoração de provas incriminadoras derivadas de fontes ilícitas⁶⁴¹.

Os Estados Unidos da América (EUA) têm promovido grandes (e polêmicas) mudanças em sua legislação (p.e., o “*USA PATRIOT Act*”) e jurisprudência, no que diz respeito aos meios de investigação criminal, especialmente quanto à vigilância e monitoramento de pessoas e coisas suspeitas de ligação com atividades terroristas. A título de exemplo: a legitimação do poder policial de exigir documentos identificativos de qualquer pessoa em solo estadunidense, sob pena de crime de desobediência⁶⁴²; a troca constante de informações entre polícias investigativas e agências de inteligência e a utilização crescente de órgãos e instituições destinados à segurança nacional (p.e., a *Foreign Intelligence Surveillance Court*) para a apuração de esquemas criminosos que, de algum modo, possam estar ligados a atividades terroristas⁶⁴³; a *tortura* de pessoas suspeitas

⁶³⁷ Referências jurisprudenciais: BVerfGE 115, 118; BvR 357/05.

⁶³⁸ *Landesgericht* Frankfurt am Main, NJW 2005, 629.

⁶³⁹ WALTER, Tonio. Germany: contribution to the Preparatory Colloquium of the XVIII International Congress of Penal Law. In: *Revue Internationale de Droit Pénal*. v. 80, edição anual. Toulouse: Éditions Érès, 2009, p. 172 do CD-ROM anexo. Nessa fonte se tomou primeiro conhecimento dos precedentes judiciais citados neste parágrafo, posteriormente analisados nos respectivos repositórios (quase todos eles são também acessáveis pela *internet*).

⁶⁴⁰ Referência jurisprudencial: NJW 2007, 876.

⁶⁴¹ Referência jurisprudencial: BGHSt 29, 244 (249).

⁶⁴² Referência jurisprudencial: *Hibel v. Sixth Judicial District Court*, 542 US 177, 189 (2004).

⁶⁴³ BECKER, Steven W. United States of America: contribution to the Preparatory Colloquium of the XVIII International Congress of Penal Law. In: *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 80, edição anual. Toulouse: Éditions Érès, 2009, p. 341-354 do CD-ROM anexo. Nessa fonte se tomou primeiro

de integração em organização terrorista – *desde que praticada sem risco de morte, falência de órgão ou dano corporal permanente*⁶⁴⁴; a possibilidade de buscas domiciliares sem que o investigado jamais venha a ter conhecimento de sua ocorrência⁶⁴⁵; a colocação de microfones em telefone móvel de investigado, de modo a ser captada não só a conversa telefônica deste, mas também todos os sons ao redor do aparelho (técnica chamada de *roving bug*)⁶⁴⁶; a possibilidade de testemunhas insuscetíveis de certas indagações do acusado, supostamente relativas à segurança nacional⁶⁴⁷. É certo que os tribunais, especialmente a Suprema Corte, já têm esboçado reação a esse preocupante quadro de violações: afirmou-se o direito de estrangeiro questionar a legalidade de seu julgamento, ainda que ocorrido perante comissão militar⁶⁴⁸, e também de se valer do *habeas corpus* contra alegada ilegalidade ocorrida na famigerada Base de Guantânamo⁶⁴⁹; mantêm-se relativamente fortes o privilégio contra a auto-incriminação⁶⁵⁰ e a presunção de inocência, embora afastada após condenação recorrível⁶⁵¹. Entretanto, sob fraco controle jurídico dos mecanismos investigativos decorrentes da *guerra ao terror*, os EUA transmitem aos juristas mundiais a impressão de não estarem refletindo suficientemente sobre os graves efeitos colaterais que as referidas medidas supostamente *emergenciais* e *eficientistas* podem causar à maior democracia do planeta.

O combate ao crime (especialmente suas manifestações mais complexas, como a criminalidade organizada e o terrorismo) também diz respeito à tensa relação entre *medo e liberdade* no meio social⁶⁵². Quanto maior o medo, justificado ou não, sentido pelos

conhecimento dos precedentes judiciais citados neste parágrafo, posteriormente analisados nos respectivos repositórios (muitos deles são também acessáveis pela *internet*).

⁶⁴⁴ BECKER, Steven W. United States of America, op. cit., p. 349-350.

⁶⁴⁵ *USA PATRIOT Act 2001, section 231*.

⁶⁴⁶ BECKER, Steven W. United States of America, op. cit., p. 351-352.

⁶⁴⁷ Referências jurisprudenciais: United States v. Marzook, 412 F. Supp. 2d 913, 917 (N.D. III 2006); United States v. Marzook, 435 F. Supp. 2d 708, 746 (N.D. III 2006).

⁶⁴⁸ Referência jurisprudencial: Hamdan v. Rumsfeld, __US__, 126 S. Ct. 2749 (2006).

⁶⁴⁹ Referência jurisprudencial: Rasul v. Bush, 542 US 466 (2004). V. tb. Boumediene v. Bush, 553 US 723 (2008).

⁶⁵⁰ Referência: Kastigar v. United States, 406 US 441, 444-45 (1972).

⁶⁵¹ Referência: Bell v. Wolfish, 441 US 520, 533 (1993).

⁶⁵² BURGESS, Peter. *What is security?* Conferência proferida em 25.06.2014, registrada nos anais do Centro de Estudos sobre Segurança e Sociedade, da Universidade de Freiburg. “Em 22.06.2011, no terreno de um acampamento de jovens do Arbeiderpartiet norueguês (Partido dos Trabalhadores), na ilha de Utøya, o cidadão norueguês Anders Behring Breivik abriu fogo contra os jovens presentes e matou pelo menos 68 deles. Ele também foi associado com explosões combinadas ocorridas duas horas antes em Oslo. Mesmo depois dessa tragédia, a sociedade norueguesa não se rendeu ao medo e em muito pouco mudou seus costumes e rotina de segurança.”

cidadãos ante o fenômeno criminoso, maior é a disponibilidade de tais cidadãos para abrirem mão de parcelas de sua liberdade (do que decorre a aceitação social majoritária a, por exemplo, controles pessoais antes de embarques aéreos ou à edição de normas jurídicas fortemente cerceadoras, como interceptações das variadas formas de comunicação).

No combate aos crimes rotineiros e à criminalidade organizada, a perda de liberdade em favor de maior sensação de segurança pública precisa ser muito bem refletida⁶⁵³. Em níveis razoáveis, ela se tem demonstrado inerente às sociedades contemporâneas. Em níveis irrazoáveis, ela significa a corrosão dessas sociedades. E, especificamente no combate ao *terrorismo*, não deixa de ser triste perceber que qualquer diminuição do espectro de liberdade dos cidadãos em geral também significa uma pequena vitória dos agentes terroristas.

5.3. Tendências da inovação investigativa

O contexto criminoso clássico diz respeito à prática um crime (já ocorrido e objetivamente delimitado), por um ou poucos agentes, em face de uma ou poucas vítimas (identificadas ou identificáveis), através de *modus operandi* simples, com resultado e objeto material palpáveis, ensejador de fontes de prova frequentemente ainda disponíveis após a deflagração persecutória, dispondo as autoridades investigativas de superioridade instrumental em relação aos insumos do(s) investigado(s). Diversa é a situação dos contextos criminosos complexos, mundialmente espriados na contemporaneidade: as autoridades investigativas são cada vez mais desafiadas por

⁶⁵³ BURGESS, Peter. *What is security?* op. cit. “A Guerra Fria representa papel muito importante para a ideia que a comunidade internacional possui hoje de segurança. Especialmente após eventos como a crise dos mísseis de Cuba, em 1962, e o acidente nuclear de Chernobil, em 1986, novas imagens foram associadas à expressão ‘segurança global’. Contemporaneamente, cogita-se de ‘segurança sanitária’, ‘segurança alimentar’, ‘segurança informacional’. (...) Em países com níveis satisfatórios de desenvolvimento humano e distribuição de renda, o conceito de segurança ainda é fortemente ligado à proteção das fronteiras contra inimigos externos. Entretanto, tal noção é muito pouco rigorosa, uma vez que ameaças internas são frequentemente manifestadas dentro de nações prósperas (concidadãos adotantes de práticas terroristas, ou até mesmo os involuntariamente disseminadores de doenças epidêmicas contraídas em território estrangeiro). (...) Inicialmente, o termo antípoda para ‘segurança’ seria ‘ameaça’; hoje, é o – mais abstrato – ‘risco’. Os riscos têm sentido objetivo (significativo perigo, ou seja, razoável possibilidade de dano a bem jurídico) e subjetivo (ciência do correspondente perigo e reações variadas a isso, individuais e coletivas).”

esquemas delituosos sofisticados (com especial planejamento criminoso, repartições de funções, hierarquia, técnicas e tecnologia especializadas), tentando secretamente elucidar engrenagens criminosas plúrimas e em pleno andamento; os resultados e objetos materiais nem sempre são palpáveis, e as vítimas nem sempre individualizáveis; o *modus operandi* é intrincado; as fontes de prova frequentemente se tornam indisponíveis após a deflagração persecutória; nem todos os integrantes da empreitada delitiva se conhecem; nem todos os colaboradores têm noção plena das atividades do grupo; os agentes criminosos possuem grande capacidade de driblar o instrumental repressor estatal⁶⁵⁴.

A discrição e o sigilo são características inarredáveis de qualquer esquema criminoso⁶⁵⁵ – mesmo nos grupos terroristas, que em algum momento se dão a conhecer, a preparação e início da execução delitiva precisam ser discretos e sigilosos, para que os propósitos da conduta sejam alcançados. Uma vez descoberto o *modus operandi* de determinado grupo criminoso, a polícia e as potenciais vítimas tendem a adotar posturas que impeçam novos golpes semelhantes (p.e., câmeras filmadoras em supermercados, auditorias contábeis em grandes empresas, novas leis e regulamentos sobre arrecadações eleitorais etc.). Isso gera evolução dos contextos criminosos: analogamente ao mecanismo de seleção natural, as ações criminosas tendem a ficar sempre mais criativas e sofisticadas, para que possam surpreender novas vítimas e burlar a repressão estatal.

A criatividade, o dinamismo e a inovação caracterizam o fenômeno criminoso. Por isso, a repressão estatal também necessita ser criativa, dinâmica e inovadora, com uma importante diferença: a ação criminosa é absolutamente livre, enquanto a repressão estatal é fortemente condicionada pelo ordenamento jurídico, especialmente pelos direitos fundamentais⁶⁵⁶.

Com efeito, a evolução dos contextos criminosos impõe o aperfeiçoamento da técnica investigativa, a qual se vê compelida a fornecer meios de elucidação sempre mais criativos e a buscar auxílio dos melhores e mais recentes recursos

⁶⁵⁴ Cf. SCARANCA FERNANDES, Antonio. O equilíbrio na repressão ao crime organizado, op. cit., p. 12-15. V. tb. BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado*, op. cit., p. 63-91. SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado*, op. cit., p. 19-39.

⁶⁵⁵ Cf. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional.*, v. 1, 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 227.

⁶⁵⁶ V. Capítulo 3.

tecnológicos alcançáveis – cães farejadores, interceptações, câmeras e escutas variadas, aparelhos de *raios-X*, microfones direcionais, gravações, filmagens, fotografias, rastreadores de frequência, rastreamentos através de *ground positioning system* (GPS), monitoramentos de dados informáticos (IPs, programas espíões, *e-mails*, participações em salas de debate e comunidades virtuais), análises psicológicas, polígrafos, detectores variados, análises genéticas, perícias cada vez mais sofisticadas, acesso a cadastros públicos e privados.

A título meramente exemplificativo, são a seguir apresentados contextos investigativo-criminais nos quais se verificam inovações técnicas ou tecnológicas. Sobre cada um desses contextos caberia monografia autônoma, motivo pelo qual são, aqui, só brevemente relatados. Não é objeto deste estudo a fixação de doutrina sobre cada uma dessas técnicas e tecnologias⁶⁵⁷, aqui elencadas somente para ilustrar a natural efervescência da Ciência Criminalística, sua dissincronia em relação à atividade legislativo-criminal (especialmente morosa no Brasil) e a necessidade, em casos excepcionalmente complexos, de ser estabelecida uma jurisprudência de transição (fenômeno verificado, sob formas variadas, em todos os ordenamentos jurídicos pesquisados⁶⁵⁸). O propósito metodológico é, após a introdução de ilustrações, abrir-se oportunidade para uma teoria jurídica sobre a inovação investigativa criminal, a ser esboçada no capítulo final deste estudo.

5.3.1. Compressões legítimas a direitos fundamentais

O Estado-Persecutor não pode conduzir investigações de modo contrário aos direitos fundamentais, mas, obedecida a legalidade ordinária, pode ir até o limite não protegido por tais direitos.

⁶⁵⁷ Desse modo, a discordância sobre possibilidades jurídico-interpretativas referentes a inovações investigativas aqui exemplificadas não devem conduzir à invalidação da ideia central, qual seja, a proposição de postura jurisprudencial que permita justa travessia para novas (mas constitucionalmente aceitáveis) medidas investigativas decorrentes do avanço técnico-tecnológico, que as possam controlar desde o estágio inicial de inovação (e completo vácuo legislativo) até que se chegue a grau satisfatório de regulamentação legislativa. V. Capítulo 6.

⁶⁵⁸ V. Capítulo 6, subitem 6.5.1.

Em alguns casos, medidas claramente permitidas e ainda não implementadas poderiam auxiliar as investigações no Brasil. Um exemplo, no qual o Brasil está simplesmente *atrasado* em relação a outros países, é a elaboração unificada de estatísticas criminais⁶⁵⁹, as quais podem, além de orientar políticas públicas variadas, auxiliar, na atividade investigativa, o estabelecimento de suspeitas iniciais, avaliações de probabilidade, formulação de hipóteses a serem testadas etc.

Em outros casos, com alguma criatividade, podem ser implementadas medidas menos óbvias, cuja admissibilidade depende de alguma ponderação das autoridades investigadoras (que, não por acaso, devem ter formação jurídica) e, obviamente, das autoridades judiciais que vierem a ser oportunamente provocadas.

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 99245/RJ⁶⁶⁰, em 06.09.2011, o Supremo Tribunal Federal examinou alegação de ilicitude probatória, por violação ao privilégio contra a autoincriminação, consubstanciada em exame grafotécnico a que o paciente se negara realizar. O material a partir do qual fora efetuada a análise grafotécnica consistira em petição para a extração de cópias, manuscrita e formulada espontaneamente pelo próprio paciente nos autos do respectivo processo penal. O STF entendeu que o privilégio contra a autoincriminação permite à pessoa criminalmente imputada não fornecer amostras manuscritas, mas não chega ao ponto de impedir o Estado-Persecutor de buscar tais amostras em papéis previamente emanados do punho do investigado, sobre cuja autenticidade não haja dúvida razoável, e, desse modo, requerer e produzir

⁶⁵⁹ Cf. GOVERNO ALEMÃO. *Polizeiliche Kriminalstatistik 2012, Bundesrepublik Deutschland*, disponível em http://www.bka.de/DE/Publikationen/PolizeilicheKriminalstatistik/pks_node.html?__nnn=true, acesso em 20.05.2014. As estatísticas criminais alemãs, diferentemente das brasileiras, são, há décadas, unificadas e permitem razoável compreensão da incidência criminal naquele país. V. tb. LIMA, Renato Sérgio de. *A produção da opacidade: estatísticas criminais e segurança pública no Brasil*, disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002008000100005, acesso em 20.05.2014: “No Brasil, a análise das estatísticas mostra que dados sobre o crime e a criminalidade existem e fazem parte da história do sistema de justiça criminal do país; no entanto, eles não se transformam, mesmo após a redemocratização, em informações e conhecimento. O aumento da quantidade de dados produzidos, decorrente da modernização tecnológica do Estado, provoca, por sua vez, a opacidade do excesso de exposição e permite que discursos de transparência sejam assumidos sem, todavia, instaurar mudanças nas regras e práticas de governo. Em suma, a redefinição dos papéis de tais estatísticas e a superação desse quadro têm menos relação com aspectos técnicos, que são controláveis e dependem da tomada de decisões, e, mais, com aspectos políticos que dão conta de atribuir responsabilidades e resolver conflitos.”

⁶⁶⁰ Constante no *site* do STF e também noticiado no Informativo de Jurisprudência nº 639, do STF.

validamente o desejado exame grafotécnico.

A partir dos fundamentos do referido HC nº 99245/RJ, poderiam ser apontadas outras perícias, de natureza investigativa ou probatória, nas quais a pessoa imputada se vale do privilégio contra a autoincriminação. Se, por exemplo, a pessoa nega ser sua a voz interceptada e se recusa a fornecer amostra para a perícia sonora, não há óbice a que o Estado-Persecutor se utilize de outra amostra inquestionavelmente atribuída à pessoa, como um prévio depoimento livremente concedido e gravado ou registros sonoros de audiência judicial. Se, por exemplo, o investigado se nega a fornecer amostra genética, mas livremente deixa resíduos de saliva em copo usado ou cigarro descartado na delegacia policial, não há óbice à utilização de tais resíduos em exame de DNA que venha a se revelar necessário, desde que tudo tenha sido adequadamente coletado, manuseado e registrado em cadeia de custódia hígida. Situação um pouco mais difícil é a utilização de resíduos genéticos do detento, em cela solitária, que se recusa a fornecer tal material: se a prisão era legal, a eventual coleta estatal de cabelo ou outro resíduo corporal abandonado na cela parece ainda abarcada pela razão de decidir do mencionado HC nº 99245/RJ; se a prisão era ilegal, tal coleta se revelaria um fruto da árvore envenenada e não deveria ser processualmente utilizável.

Para o Estado-Persecutor, há evidente risco nesse tipo de atitude arrojada: podem vir a ser adotadas medidas que, em juízo, venham a ser consideradas ilícitas e, portanto, inadmissíveis ou inutilizáveis como prova. E, em casos extremos, a autoridade investigadora que determinou a medida pode vir a responder por abusos. Desse modo, a inovação investigativa por esta via deve ser pensada com cautela, só empregada quando meios ortodoxos não se mostrarem promissores e o seu executor estiver fortemente convencido de que nenhum direito fundamental está sendo violado.

5.3.2. A dissimulação do flagrante esperado

Uma estratégia investigativa inovadora atualmente observada na prática

policial é aqui, na falta de nome melhor, denominada *dissimulação do flagrante esperado*.

Segundo o art. 302, flagrante é a qualidade do aparente delito penal que está sendo cometido, acaba de sê-lo, tem seu suposto autor (ou partícipe⁶⁶¹) perseguido ou encontrado em curta mediação temporal do cogitado cometimento, envolto em circunstâncias que apontem envolvimento direto na prática da cogitada infração. Considera-se *em flagrante* delito quem está cometendo aparente infração penal, acaba de cometê-la, é perseguido ou encontrado em curta mediação temporal do suposto cometimento, envolto em circunstâncias que apontem seu envolvimento direto na prática da cogitada infração. Por conta da atualidade e da visibilidade da aparente infração penal, o art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República autoriza a prisão⁶⁶² de quem se encontra em situação flagrantial.

Do ponto de vista jurídico-constitucional, é vedada, no Brasil, a *indução estatal ao crime*, ou seja, o estímulo proposital a que alguém cometa delito penal que provavelmente não ocorreria de modo espontâneo, com o fim de prendê-lo em flagrante (tal armadilha é, em última instância, violadora da dignidade humana)⁶⁶³. Como reflexo

⁶⁶¹ A redação do art. 302 do CPP é ainda a original, de 1941, portanto congruente com a antiga dicção do Título IV (“Da coautoria”) da Parte Geral do CP (só reformada em 1984), em cuja exposição de motivos, item 22, dizia textualmente que o projeto abolira “a distinção entre autores e cúmplices: todos os que tomam parte no crime são autores”. Entretanto, mesmo impropriamente abarcando todas as modalidades de concurso de pessoas sob a rubrica da *coautoria*, o então vigente art. 25 do CP possuía cláusula de extensão aos mais adequadamente denominados partícipes (“Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.”). E, desde o início da vigência de qualquer dos dois códigos, nunca se demonstrou razoável a interpretação que afastasse da situação de flagrante delito o *partícipe* encontrado nas hipóteses dos incisos III e IV do art. 302 do CPP, ainda que tais dispositivos mencionem circunstâncias “que façam presumir ser ele *autor* da infração” (imagine-se a hipótese do motorista que, embora não essencial para a empreitada, é surpreendido no automóvel, comprovadamente aguardando o retorno dos assaltantes de uma joalheria, os quais acabaram de ser presos durante o assalto). V. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. Parte geral. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 664-665.

⁶⁶² Segundo Maurício Zanoide de Moraes (Presunção de inocência no processo penal brasileiro, obra citada, p. 387-388), a prisão em flagrante não é cautelar, mas custódia provisória com base em razões materiais: “Dizer-se que ela deve passar pelo crivo judicial, após ter sido decretada, não a desnatura como prisão provisória decretada sem finalidade cautelar, isto é, decretada por motivo material ('certeza' visual do cometimento do 'crime' pelo tido 'autor'). Acrescente-se, ainda, que ela é decretada na ausência de qualquer persecução, sendo ato de incoação persecutória em face de alguém. Ela destina-se a uma persecução futura, não sendo por ela justificada. Aceita-se a sua existência, mesmo sabendo que quando ela ocorre, sendo ou não mantida pelo juiz posteriormente, o conteúdo essencial da presunção de inocência como 'norma de tratamento' é totalmente restringido. A persecução já se inicia com uma restrição máxima da presunção de inocência como 'norma de tratamento'. Dizer-se que essa restrição (quase) absoluta ocorre por horas, dias ou meses agrava o problema do preso, mas não muda o fundamento material dessa prisão.”

⁶⁶³ Constituição da República, art. 1º, III: “A República Federativa do Brasil tem como fundamentos (...) a

processual penal disso, é conseqüentemente vedado o *flagrante preparado*, vale dizer, proíbe-se a montagem artificial de esquema no qual se induz a prática, por certa pessoa, de determinada conduta penalmente típica, adotando-se todas as cautelas para que tal pessoa não consiga, sob nenhuma hipótese razoável, obter êxito criminoso (situação que muito se assemelha ao chamado crime impossível, por absoluta inidoneidade do meio ou do objeto)⁶⁶⁴.

Diferenciam-se, entretanto, o (proibido) *flagrante preparado*, que é artificialmente montado pela polícia, do (permitido) *flagrante esperado*, no qual a polícia não interfere no percurso do crime nem induz sua prática, apenas aguarda sua provável ocorrência, vigia o local correspondente e, caso ocorra a prática espontânea da conduta ilícita concretamente prevista, prende, *em flagrante*, o seu executor⁶⁶⁵.

Observa-se, em recentes investigações policiais sobre esquemas criminosos complexos⁶⁶⁶, peculiar variante do (permitido) *flagrante esperado*.

Durante a investigação de esquemas criminosos complexos que estejam em andamento, costumam-se captar – sigilosa, mas lícitamente – informações referentes à prática de crimes integrantes daquela rotina criminosa. Exemplos recentemente ocorridos: investigando-se esquema de narcotráfico internacional, descobre-se o voo para o exterior que tomará determinado transportador individual, portando drogas ocultas em sua bagagem ou corpo (pejorativamente denominado “*mula*”, no jargão policial)⁶⁶⁷; apurando-se esquema de descaminho, no qual provavelmente esteja ocorrendo a corrupção de agentes aduaneiros ainda não identificados, descobrem-se as exatas circunstâncias em que um carregamento de mercadorias descaminhadas passará disfarçado por determinada estrada⁶⁶⁸.

dignidade da pessoa humana (...).”

⁶⁶⁴ V. art. 17 do Código Penal. Assim diz o Verbete nº 145 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Precedentes no STF: HC 38758, HC 40289, RE 15531, RHC 27566.

⁶⁶⁵ V. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, op. cit., 723-725.

⁶⁶⁶ V. Autos Judiciais nº 0010251-82.2010.403.6119 (1ª Vara Federal de Guarulhos) e nº 0002100-93.2011.403.6119 (5ª Vara Federal de Guarulhos), nos quais foram oferecidas denúncias penais referentes a alegados esquemas criminosos de, respectivamente, descaminho e tráfico internacional de drogas.

⁶⁶⁷ V. Autos Judiciais nº 0002100-93.2011.403.6119, nº 0010721-79.2011.403.6119 e nº 0004991-87.2011.403.6119 (todos da 5ª Vara Federal de Guarulhos).

⁶⁶⁸ V. Autos Judiciais nº 0010251-82.2010.403.6119 (1ª Vara Federal de Guarulhos).

A aqui denominada *dissimulação do flagrante esperado* consiste na abordagem policial *aparentemente fortuita* de agente criminoso de baixa hierarquia em grande esquema, de modo que são colhidos elementos informativos em sentido amplo sem que a alta hierarquia do esquema criminoso tenha certeza de estar sendo vigiada.

Imaginem-se os exemplos do tráfico internacional de drogas ou de grandes esquemas de descaminho. Após meses de investigação, na qual são legalmente empregadas medidas invasivas (p.e., interceptações telefônicas, acesso a dados bancários e fiscais etc.), descobre-se parte significativa da engrenagem criminosa, mas ainda se faz necessário o esclarecimento de determinados pontos e, ademais, é imprescindível a obtenção de elementos comprobatórios da materialidade delitiva, os quais tendem a desaparecer após o grupo criminoso perceber que está sendo investigado. Com isso, a polícia pode, mediante *fiscalização aparentemente rotineira* (filas em aeroportos, barreiras rodoviárias etc.), prender em flagrante “mulas” ou motoristas de caminhão transportadores de mercadoria descaminhada, sem lhes revelar que, em verdade, estavam sendo cuidadosamente vigiados. Posteriormente, quando eventual processo judicial contra os altos escalões do grupo criminoso vier a ser instaurado, os elementos informativos em sentido amplo antes apreendidos (inclusive drogas e mercadoria descaminhada) e integrantes de feito aparentemente simples poderão servir de material cognitivo.

Em suma: mediante investigação prévia, monitoram-se agentes executivos de grupo criminoso; em momentos estrategicamente adequados, tais agentes, geralmente de baixa hierarquia no grupo, são presos em plenas execuções delitivas; dissimulam-se os flagrantes esperados, dando-lhes aparência de flagrante fortuitamente descoberto por suposta fiscalização rotineira; colhem-se elementos informativos em sentido amplo; os agentes executivos são processados em feitos simples, lastreados nos elementos colhidos durante o flagrante, sem que lhes seja revelada a investigação pregressa que permitiu ao Estado lhes alcançar; posteriormente, quando eventual processo judicial contra os altos escalões do grupo criminoso vier a ser instaurado, os elementos informativos em sentido amplo antes apreendidos e integrantes de feitos aparentemente simples (e desconexos entre si, caso tenha havido mais de um flagrante) poderão servir de

material cognitivo.

A vantagem de tal estratégia é a viabilização de coleta probatória *lato sensu*, em contexto criminoso planejado para proteger os mentores e chefes do esquema criminoso. Trata-se de caminho alternativo à ação controlada, a qual, sobretudo em esquemas internacionais (em que o agente portador de material criminoso costuma viajar para o exterior e lá se tornar praticamente inacessível), acabou se demonstrando muito insatisfatória quanto à fixação da materialidade delitiva.

A desvantagem da *dissimulação do flagrante esperado* está em que os agentes executivos, presos em aparente flagrante fortuito, não são plenamente cientificados sobre a maneira como o Estado-Persecutor lhes surpreendeu, o que lhes sonega o direito de questionar eventuais ilicitudes investigativas ou probatórias. É bastante possível que, com essa estratégia, agentes executivos sejam processados e sentenciados, sem que a investigação sobre o grande esquema ainda se tenha concluído. E é provável, para que não se revele prematuramente a grande investigação, que os feitos aparentemente simples, ensejados por prisões em flagrante de agentes executivos, sejam distribuídos a juízos diversos do que, originalmente, autorizara as medidas investigativas iniciais e, pelo menos no âmbito da Justiça Federal, estava, por isso, prevento para a causa principal.

Para que a estratégia da *dissimulação do flagrante esperado* não se converta, quanto aos agentes executivos anteriormente presos, em violação inexpugnável à ampla defesa, ao contraditório, ao devido processo legal e ao juiz natural, sustenta-se que, uma vez vinda a público a investigação do grande esquema, todos os feitos ensejados por flagrantes esperados sejam remetidos ao (único) juízo natural (o qual, no caso da Justiça Federal, é o que inicialmente autorizara as primeiras medidas investigativas)⁶⁶⁹. E, independentemente da fase em que os primeiros feitos se encontrem (já instruídos, já sentenciado, já passados em julgado⁶⁷⁰ etc.), todos devem ter sua instrução reaberta, para que se possa discutir, perante o juízo natural, a legalidade da atividade investigativa

⁶⁶⁹ V, p.e., BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O juiz natural e a irretroatividade das leis modificadoras de competência. In: *Boletim IBCCrim*, nº 262, setembro de 2014, p. 6-7.

⁶⁷⁰ Em caso de já haver trânsito em julgado, é justo que se abra oportunidade para revisão criminal. *De lege ferenda*, a questão merece o devido tratamento legislativo, o qual, dentro da ideia de evolução incremental sustentada no Capítulo 6, tende a ser chamado à baila, à medida que a estratégia investigativa aqui narrada se tornar mais e mais frequente.

pregressa ao flagrante, originalmente ocultada dos flagrados.

5.3.3. Tecnologia e notícias-crime

A popularização da rede mundial de computadores (*internet*) era imprevisível para o Poder Constituinte Originário em 1988⁶⁷¹ e modificou radicalmente vários mecanismos de investigação criminal⁶⁷².

No ambiente virtual, além de serem cometidos os mais variados crimes (pedofilia⁶⁷³, desvios bancários, sabotagens etc.), abre-se ensejo para a descoberta simples e flagrante de alguns deles e para a comunicação de fatos ilícitos às autoridades persecutórias, direta ou indiretamente, identificando-se ou anonimamente⁶⁷⁴.

⁶⁷¹ ARAS, Vladimir. *Whistleblowers*, informantes e delatores anônimos. In: ZANELATO, Vilvana Damiani. *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – temas relevantes*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, p. 359-406, especialmente p. 370.

⁶⁷² SIEBER, Ulrich. *Straftaten und Strafverfolgung im Internet*. Munique: Verlag C. H. Beck, 2012, p. 18-19. A maior revolução tecnológica das últimas décadas foi provavelmente a ocorrida nos meios de comunicação. No Brasil, a atividade de polícia administrativa já se beneficia consideravelmente de tais avanços. Já se conseguem, através da *internet*, informações, formulários, boletos de pagamento e orientações para o acompanhamento de vários serviços públicos policiais, como emissão de passaportes, registros de estrangeiro e permissões e autorizações diversas. Entretanto, a investigação criminal brasileira ainda se utiliza dos métodos tradicionais: intimações pessoais ou postais, em vez de *e-mails* ou telefonemas; oitivas presenciais, em vez de teleconferências; autos impressos, em vez de digitais. Considerando que a investigação criminal se destina apenas à formação da *opinio delicti* (positiva ou negativa), e que grande parte do tempo nas delegacias de polícia é gasto com intimações e oitivas, seria digno de reflexão o emprego de *e-mails*, telefonemas e teleconferências, pelo menos em relação a testemunhas. E, tendo-se em conta a maior mobilidade e economicidade de autos digitais em comparação com os tradicionais autos de papel, a *digitalização* demonstra-se tendência técnica evidente para todos os procedimentos estatais autuáveis e fonte de novas perguntas: dependeria ela de novas leis? Caberia analogia com as normas já vigentes sobre autos físicos? V. tb. COULDERT, Fanny. DEBET, Anne. DE HERT, Paul. Constitutional rights and new technologies in France. In: LEENES, Ronald. KOOPS, Bert-Jaap. DE HERT, Paul. (orgs.). *Constitutional rights and new technologies*, op. cit., p. 95-135. A popularização da *internet* modificou completamente o modo de viver das sociedades humanas; os mecanismos de monitoramento por filmagem oculta (*video surveillance*) e rastreamento do uso da *internet* (*internet tracking*), muitas vezes sem o conhecimento da pessoa monitorada (que, na maioria dos casos, sequer dá a devida importância à sua privacidade), cerceiam, além da privacidade, também a liberdade de expressão (p.e., nas correspondências eletrônicas particulares), com grande dificuldade de controle pelos afetados ou até pelos órgãos governamentais.

⁶⁷³ Exemplos de infiltração de agentes policiais em grupos de intercâmbio de pornografia infantil e infanto-juvenil: Inquérito Policial Federal nº 0173/2014-3, autuado judicialmente sob o nº 0013150-22.2014.403.6181 (ramificação, em São Paulo, SP, da denominada “Operação Darknet”, onde também foi admitido agente provocador em “clubes virtuais” sobre pedofilia); e Inquérito Policial Federal nº 122/2010-3 (cooperação investigativa com a Alemanha, em Guarulhos, SP).

⁶⁷⁴ O anonimato e a preservação da identidade de noticiantes são tendências quanto, respectivamente, ao começo e desenvolvimento das investigações (v. STF, HC 100042/RO, MC, Rel. Min. Celso de Mello),

Nas redes sociais virtuais são frequentes os casos de pessoas ofendendo as honras recíprocas, organizando vias de fato multitudinárias, fazendo conclamações racistas, praticando estelionatos, ameaças etc. Pela simples varredura periódica de tais ambientes, as autoridades persecutoras têm podido instaurar procedimentos investigativos e até, eventualmente, efetuar prisões em flagrante delito⁶⁷⁵.

A *internet* também se tornou importante veículo para a apresentação de notícias-crime, diretamente dirigidas aos endereços eletrônicos das corporações policiais e ministeriais ou mediante comunicações indiretas, através de manifestações públicas em outros *sites*. Quando tais notícias, diretas ou indiretas, são autoralmente identificadas, nenhum problema jurídico maior pode ser daí suscitado: o Estado e a sociedade ganham em agilidade repressiva e os eventualmente noticiados nada perdem com a inovação. Mais problemáticas são as notícias diretas, mas anônimas ou, pior, indiretas e anônimas⁶⁷⁶.

especialmente em época de “disques-denúncia”, “*e-mails*-denúncia”, redes sociais, avatares. Entretanto, o STF é bastante reticente à perpetuação do anonimato de noticiantes em fases processuais mais invasivas que a da mera investigação (v. Mandado de Segurança nº 24.405/DF, STF, Pleno, j. 03.12.2003, relatado pelo ministro Carlos Velloso).

⁶⁷⁵ É interessante que, recentemente, o Tribunal de Justiça da União Europeia, sem deixar de reconhecer tais pontos, também afirmou o direito que os usuários da *internet* têm de *serem esquecidos*, ou seja, o direito das pessoas a não terem seus nomes eternamente associados, por *sites* de busca, a determinados fatos. E a Comissão Europeia tem cada vez mais insistido na regulamentação de medidas protetivas dos dados fornecidos pelos usuários da *internet*. Cf. http://ec.europa.eu/news/justice/140128_pt.htm, com acesso em 10.03.2014.

⁶⁷⁶ SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de. *O anonimato no processo penal*. Proteção a testemunhas e o direito à prova. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 133-136. Vladimir Aras (in *Whistleblowers*, informantes e delatores anônimos, op. cit., p. 370), discorre sobre a *internet* e o revigoramento do anonimato (*nicknames*, pseudônimos etc.). De um lado, o autor distingue o *noticiante cuja identidade se encontra sob proteção* do *noticiante anônimo* – do primeiro, a identidade é sabida, mas fundamentadamente resguardada, em favor de sua segurança pessoal; do segundo, ignora-se a identidade. De outro lado, Vladimir Aras ressalta que o Poder Constituinte Originário, instituído e exaurido em 1988, não poderia imaginar a revolução que a *internet* causaria na sociedade mundial. “*Nicknames*, avatares, apelidos, programas de anonimização (*anonymizers*) para ocultação de *IPs* são inseparáveis da vida em sociedade na era da informação.” A autoridade pública não poderia, por exemplo, quedar-se inerte diante de notícia anônima sobre cativo de pessoa sequestrada, esconderijo de pessoa procurada pela Justiça, ponto de venda de entorpecentes ou cemitério clandestino destinado ao enterro de vítimas do crime organizado – e eventuais elementos cognitivos colhidos em decorrência de tal notícia anônima deveriam, nesses exemplos, ser plenamente válidos. “Do mesmo modo que as fontes jornalísticas devem ser protegidas (...), as fontes policiais e dos órgãos de inteligência e controle, os chamados informantes, merecem proteção do Estado” (op. cit., p. 362, 365 e 367-368). Não há atividade investigativa eficiente sem a proteção das respectivas fontes. Segundo Vladimir Aras, o inciso IV do art. 5º da CRFB (“é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”) não se referiria à investigação criminal, mas à proteção da honra, da intimidade, da vida privada e da imagem das pessoas atingidas pela manifestação do pensamento ali referida, de modo que possam buscar a reparação civil e a punição de eventuais crimes contra a honra. Para a atividade investigativa, valeria o inciso XIV do mesmo art. 5º (“é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”), uma vez que o acesso a informações sigilosas provenientes de delatores e informantes seria

Segundo a jurisprudência do STF, as notícias-crime anônimas somente permitem que o Estado-Persecutor promova apurações preliminares, as quais, se apontarem indício de ilícito penalmente punível, possibilitam, só então, a instauração de procedimento investigativo propriamente dito⁶⁷⁷.

Ainda mais polêmica é a hipótese de elementos incriminadores (p.e., vídeos, fotos e documentos) indevidamente publicados por particulares anônimos na *internet*, sob violação de direito fundamental de terceiro, incriminado (p.e., obtidos dos titulares mediante invasão de domicílio, furto de câmera fotográfica digital, computador pessoal ou telefone, *hacking* etc.). Ponderando-se a finalidade disciplinadora da exclusão probatória e a atenuação do nexos causal, tais elementos investigativos seriam contaminados por ilicitude derivada e não poderiam servir como elementos de informação, nem sequer fundamentar autorização judicial para meio de investigação invasivo (p.e., busca e apreensão ou interceptação telefônica)⁶⁷⁸. Do contrário, restaria aberta a possibilidade de, por exemplo, agentes estatais cometerem violações investigativas e as purificarem mediante a publicação anônima na *internet*. Todavia, parece tolerável que os elementos ilicitamente publicados possam, validamente, servir de *provocação* ao Estado-Persecutor, o qual, a partir deles, instaure procedimento investigativo preliminar (o qual, é verdade, provavelmente não seria instaurado sem a publicação ilícita), e adote medidas investigativas não significativamente invasivas, como a busca de potenciais testemunhas, o monitoramento *in loco*, a pesquisa em cadastros públicos etc., medidas essas que, acaso exitosas, teriam nexos causal razoavelmente atenuado com a ilicitude originária e poderiam, só então, gerar elementos informativos válidos ou dar base a autorizações judiciais para meios de investigação invasivos. Os elementos com vício de origem não poderiam integrar os autos judiciais, tampouco fundamentar qualquer medida gravosa (excetuada sua *menção*

absolutamente necessário para o exercício de toda profissão investigativa. A preservação da identidade do delator juridicamente desinteressado seria fundamental para a manutenção de serviços como os “disque-denúncias”, indispensáveis na repressão ao crime organizado (especialmente o narcotráfico). Até mesmo a Lei de Acesso à Informação (Lei Federal nº 12.527/2011) protegeria e incentivaria o *whistleblowing*.

⁶⁷⁷ STF: AgR no HC 115773, Segunda Turma, j. 13.05.2014, DJe 170. pub. 03.09.2014. AgR no HC 120234, Primeira Turma, j. 11.03.2014, DJe 59, pub. 26.03.2014. HC 98345, Primeira Turma, j. 16.06.2010, DJe 173, pub. 17.09.2010, Ementário v. 2415-02, p. 308, LEXSTF v. 32, n. 382, 2010, p. 337-363. HC 95244, Primeira Turma, j. 23.03.2010, DJe 76, pub. 30.04.2010, Ementário v. 2399-05, p. 926, RTJ 214, p. 441, RSJADV jun./2010, p. 36-47, RT v. 99, n. 900, 2010, p. 480-501.

⁶⁷⁸ ARMENTA DEU, Teresa. La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en Europa y America en materia de prueba ilícita). In: ARMENTA DEU, Teresa. *Estudios sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 265.

na instauração investigativa preliminar, após a qual o material deveria ser desentranhado). Mas poderiam ser recebidos como notícias-crime anônimas, como se o noticiante, em vez de postar na *internet* elementos ilicitamente obtidos (e inadmissíveis), apenas tivesse telefonado ou enviado um *e-mail* para agência estatal investigativa e, anonimamente, relatado a prática de ilícito punível merecedor de apuração preliminar⁶⁷⁹.

5.3.4. Formas contemporâneas de monitoramento

Retomando-se o que já foi dito sobre o passado recente da inovação investigativa⁶⁸⁰, discorre-se aqui sobre a vigilância estatal e internacional sobre pessoas, bens e fluxos, direta ou indiretamente impactantes nas investigações criminais.

5.3.4.1. A perigosa ampliação da ideia de suspeito

O modelo clássico de investigação criminal formula *suspeitas* em face de determinadas pessoas, as quais supostamente teriam praticado determinado fato aparentemente criminoso (perguntava-se, p.e.: “quem teria efetuado os disparos que aparentemente mataram a vítima?”).

Suspeita, em sentido investigativo clássico, é uma das possíveis hipóteses investigativas, consistente no convencimento provisório e precário, baseado em elementos objetivos, mas ainda frágeis, sobre o intencional envolvimento de alguém (um *suspeito*) em

⁶⁷⁹ V. ARAS, Vladimir, op. cit., p. 359-406. É problemática tendência do Direito contemporâneo, derivada dos antigos “informantes da polícia”, algum grau de aceitação dos *whistleblowers*, ou seja, agentes estatais, nacionais ou de país estrangeiro, os quais, por variados motivos (p.e., decepção moral ou ideológica), desligam-se de suas funções e revelam informações confidenciais sobre a atuação de suas antigas agências. Em favor da defesa de imputados, a revelação de tais inconfiências deve ser sempre admitida e valorada. Em favor da acusação (p.e., produção de prova contra agentes da ABIN executores de grampos ilegais), a conduta se assemelha à da delação (premiada ou não) e deve ser moderadamente admitida, mas sua valoração, como nos demais casos de delação, deve ser muito cautelosa, por conta, p.e., de eventuais revanchismos e mágoas que o delator costuma ter em relação aos ex-colegas.

⁶⁸⁰ V. subitem 5.2, acima.

suposto crime já ocorrido e merecedor de esclarecimento⁶⁸¹. O *suspeito* se encontra em situação anterior à de imputado, mas já sofre alguma intervenção em sua esfera jurídica (no mínimo, é alvo da incômoda e desconfiada observação estatal ou de investigador particular). No vocabulário da investigação criminal, a ideia de *suspeito* é sempre pejorativa e originariamente vinculada à autoria ou participação em algum suposto crime punível (em alemão *Tatverdächtig*, suspeito quanto a um fato determinado)⁶⁸². Dificilmente se usa tal expressão no âmbito de fatos não criminosos ou impuníveis: não se costuma dizer que alguém seria “suspeito de consumir tabaco” (conduta penalmente atípica) ou que determinada criança impúbere (penalmente inimputável) seria “suspeita de ter praticado subtração de determinada quantia em dinheiro” (ainda que se desconfie de seu protagonismo em tal subtração).

No Direito Processual Penal brasileiro, observa-se gradação quanto às exigências legais para a implementação de medidas contrárias a imputados, especialmente quanto aos motivos pelos quais se podem restringir direitos fundamentais⁶⁸³. Para que a polícia simplesmente observe a movimentação de alguém em locais públicos, não há qualquer exigência de natureza, ou com repercussão, processual penal (há, no máximo, restrições de Direito Administrativo, tais como a impossibilidade de agentes policiais monitorarem determinada atriz, apenas por se sentirem atraídos por sua beleza). Para que seja autorizada a interceptação telefônica de alguém, devem existir “*indícios razoáveis* de autoria ou participação em infração penal” (art. 2º, I, da Lei Federal nº 9.296/96). A principal hipótese de prisão temporária pressupõe a existência de “*fundadas razões* sobre a autoria ou participação do indiciado” em crimes considerados especialmente graves, arrolados no art. 1º, III, da Lei Federal nº 7960/89. Para que se determine a prisão preventiva, deve existir *prova* da existência de crime e *indício suficiente* de sua autoria (art. 312 do CPP). Para que alguém seja penalmente condenado, deve haver *prova além da*

⁶⁸¹ Cf. WUTSCHER, Herbert. *Der Verdacht der Beteiligung an der Tat in § 57 Ziffer 3 RStPO*. Breslau-Neukirch: Alfred Kurtze (vorm. Verlag der Schletter'schen Buchhandlung), 1932, p. 50: “Verdacht (...) ist die auf einer beschränkten Beweisgrundlage ruhende Überzeugung (...) von der Beteiligung [von jemandem] an der Gegenstand der Untersuchung bildenden Tat.”

⁶⁸² Cf. WUTSCHER, Herbert. *Der Verdacht der Beteiligung an der Tat in § 57 Ziffer 3 RstPO*, op. cit., p. 2, 47-50.

⁶⁸³ Sobre tais *standards* probatórios, v. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, op. cit., p. 298-300. Cf. tb. MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*, op. cit., p. 372-378 e 468-481.

dúvida razoável, sobre a materialidade e a autoria delitivas⁶⁸⁴. Para que alguém seja considerado culpado, há de ocorrer o *trânsito em julgado* da sentença penal condenatória (Constituição da República, art. 5º, LVII)⁶⁸⁵. Cabe a pergunta: e para ser considerado *suspeito*? Qual é o requisito legal? E o que as autoridades estatais podem fazer em relação ao *suspeito* (e que talvez fosse injusto em relação ao *insuspeito*)?

Tais perguntas ainda estão longe de satisfatória resposta, a qual tampouco aqui será encontrada. Entretanto, o problema só tende a aumentar na contemporaneidade: a ideia de *suspeito* continua pejorativa, e, no âmbito da investigação criminal de fatos considerados especialmente graves, perde aos poucos vinculação com o envolvimento de alguém em fato penal pressuposto.

Contemporaneamente, é cada vez mais considerada necessária a identificação e monitoramento de pessoas que estão em plena prática delitiva ou em vias de iniciá-la. Com isso, aumenta-se a necessidade de interação entre as atividades de investigação criminal e polícia administrativa⁶⁸⁶.

A chamada *sociedade do risco*, na qual vivemos contemporaneamente, tem, entre suas características, a cada vez mais imprevisível erupção de fatos criminosos considerados especialmente graves, que devem ser prevenidos ou, no mínimo, ter seu exaurimento impedido. É o que ocorre, por exemplo, em relação ao terrorismo, aos

⁶⁸⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, op. cit., p. 298-300. MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*, op. cit., p. 372-378 e 468-481.

⁶⁸⁵ Sobre o Direito alemão, v. WUTSCHER, Herbert. *Der Verdacht der Beteiligung an der Tat in § 57 Ziffer 3 RstPO*, op. cit., p. 47-50: a *StPO* apresenta gradações para a situação de *suspeito*; no § 203, sobre a abertura do processo penal principal (*Eröffnung des Hauptverfahrens*), dispõe que “o juízo deve decidir pela abertura do processo penal principal quando, segundo os resultados das fases procedimentais anteriores, o denunciado lhe parecer suficientemente *suspeito*”; no § 112 (sobre a *Untersuchungshaft*, instituto análogo à nossa prisão preventiva), estabelece a possibilidade de custódia provisória de “imputado sob forte *suspeita*”; no § 102, permite a busca e apreensão domiciliar ou pessoal (*Durchsuchung und Ergreifung*) de quem seja “*suspeito* de ser autor ou partícipe de crime, favorecimento, obstrução da Justiça ou receptação”. Em todos os sentidos e gradações que a palavra “*suspeito*” tradicionalmente carrega (ou carregava), há evidente preocupação em se impor ao juiz, na fundamentação de suas decisões, a explicitação dos elementos objetivos que lhe convenceram a autorizar medidas interventivas em direitos fundamentais do imputado. Cf. DENZEL, *Übermaßverbot und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen*. Tese de doutoramento apresentada à Universidade de Heidelberg, 1966, p. 166: há correlação entre grau de *suspeita* e legitimidade para maior invasividade de medidas investigativas. V. tb. BVerfGE 16, 194 e 17, 108 (necessidade de *suspeita* objetiva e consistente para intervenções corporais muito invasivas, como punções lombares e exames de líquido cefalorraquidiano).

⁶⁸⁶ Tal interação é apontada no já citado relatório coordenado por Leenes, Bert-Jaap e De Hert (*Constitutional rights and new technologies*), com referência a Bélgica, Canadá, França, Alemanha, Holanda, Suécia e EUA.

homicídios em massa e ao tráfico internacional de drogas⁶⁸⁷.

Com isso, a ideia clássica sobre quem pode ser *suspeito* de ter praticado crime tem sido reformulada, até mesmo para – perigosamente – alcançar quem *possa estar praticando* ou até *desejando a iminente prática* de delito penalmente punível⁶⁸⁸. E o quadro se torna ainda mais polêmico diante da cada vez maior interação entre as atividades de investigação criminal e de polícia administrativa⁶⁸⁹.

A detecção de movimentações financeiras heterodoxas pelo Conselho Administrativo de Atividades Financeiras⁶⁹⁰, o monitoramento de fotografias aparentemente pedófilas pelos grandes provedores de *e-mail*⁶⁹¹, o *profiling* nos aeroportos⁶⁹² são exemplos de peculiar alteração de percurso em certas investigações: antes, partia-se do fato aparentemente criminoso rumo à apuração de sua autoria; hoje, muitas vezes se parte de comportamentos não criminosos, mas considerados *suspeitos*, para se apurar eventual fato penal e, após, sua autoria⁶⁹³.

⁶⁸⁷ SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. *La expansión del Derecho Penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Reimpressão. Madri: Civitas, 2001, p. 21-22.

⁶⁸⁸ V. tb. CPP Português, art. 1º, “e”: “Para efeitos do disposto no presente Código, considera-se suspeito toda pessoa relativamente à qual exista indício de que cometeu ou se prepara para cometer um crime, ou que nele participou ou se prepara para participar” (redação dada pela Lei nº 48, de 29 de agosto de 2007, com entrada em vigor no dia 15 de setembro de 2007, posteriormente corrigida pela Declaração de Rectificação nº 100-A, de 26 de outubro de 2007).

⁶⁸⁹ Na denominada “Declaração de Göttingen sobre polícia e investigação no Brasil” (publicada no *Boletim IBCCrim* nº 259, ano 22, jun. 2014, p. 2-3), vários juristas recomendaram “a clara separação entre a função de polícia investigativa e a de polícia preventiva”.

⁶⁹⁰ V. arts. 14-17 da Lei Federal nº 9613/98.

⁶⁹¹ A título de exemplo, o Ministério Público Federal em São Paulo firmou termo de ajustamento de conduta com a empresa *Google* para que esta encaminhasse àquele notícias de mensagens aparentemente pedófilas em ambientes virtuais públicos – v. notícia, com *link* para a íntegra do referido termo, em http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/sala-de-imprensa/noticias_prdc/noticia-7605.

⁶⁹² Nos países produtores e distribuidores de drogas ilícitas, agentes policiais costumam monitorar as bagagens e filas de *check-in* de voos considerados integrantes de rotas do narcotráfico; em países-destino, a polícia e os órgãos alfandegários dão especial atenção para passageiros e bagagens provenientes de países produtores ou distribuidores. Sobre a ilegalidade de se pautarem revistas policiais randômicas com base em perfis raciais, v., p.e., a Decisão nº 7 A 10532/12, prolatada em 29.10.2012 pelo Tribunal Superior Administrativo do Estado Alemão de Rheinland-Pfalz (“Racial Profiling. Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Koblenz, Beschluss vom 29. Oktober 2012, Aktenzeichen: 7 A 10532/12.OVG”).

⁶⁹³ A autorização a que o Estado mantivesse suspeitas exageradamente fluidas conduziu, no Direito Processual Penal português, a partir do início no século XIII, às famigeradas *devassas*, persecuções penais *ex officio*, cabíveis em quase todos os crimes então considerados “públicos”. A *devassa geral* incidia sobre crimes incertos, e a *devassa especial* sobre crimes certos, dos quais só era desconhecido o agente. SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. v. I. 5 ed. Lisboa: Verbo, 2008, p. 247-248.

No Brasil, detentos (e até mesmo seus familiares, em ocasiões de visitas destes àqueles, nas penitenciárias) são preocupantes exemplos de pessoas *suspeitas por fato indeterminado*. A tal título, submetem-se tais pessoas a procedimentos rigorosos de controle policial-administrativo, para que sejam evitadas condutas criminosas incertas em sua materialidade e em sua autoria (p.e., ingresso e circulação de drogas, armas e outros objetos proibidos no interior da penitenciária). Tal função inibitória ganha cada vez mais aceitação do senso comum, tanto mais são noticiados casos de organizações criminosas instituídas dentro dos presídios e com grande poder de operação extramuros.

Caso análogo de pessoas *suspeitas por fato indeterminado* ocorre em relação aos passageiros de aeronaves, que são submetidos, antes do embarque, a controles cada vez mais rigorosos, tanto mais a partir do crescimento do terrorismo e do narcotráfico na sociedade global. Também assim são considerados *suspeitos por fato indeterminado* – e sujeitos a revistas pessoais cada vez mais minuciosas – os torcedores que desejam assistir disputas futebolísticas em estádios e os adolescentes participantes de ingressos multitudinários em *shopping centers* (eventos alcunhados de “rolezinhos”)⁶⁹⁴. Durante o período de maior comoção popular urbana, ocorrido nas grandes cidades brasileiras em 2013 e 2014, eram estranhamente consideradas suspeitas as pessoas que estivessem portando *vinagre* consigo (supostamente, o vinagre seria eficaz inibidor do efeito provocado pelo gás lacrimogênio, usado por algumas forças policiais militares contra os manifestantes)⁶⁹⁵.

Em todos os exemplos citados, a fiscalização é de natureza policial-administrativa e tem sido majoritariamente aceita pela comunidade jurídica, em favor de maior segurança pública (real ou sentida). Mas é clara sua repercussão policial-investigativa: uma vez encontrada substância ilícita (entorpecente, arma, documento falso) ou elemento indicativo de atividades ilícitas (planos terroristas, anotações bancárias ou contábeis sugestivas de lavagem de dinheiro etc.), tudo é encaminhado ao Estado-Persecutor e dá início a investigações criminais (não raro conduzidas concomitantemente ao encarceramento provisório do imputado).

⁶⁹⁴ STRANO, Rafael Folador. Além das vitrines: reflexões sobre o rolezinho. In: *Boletim IBCCrim*, ano 22, nº 257, abr. 2014, São Paulo, p. 9.

⁶⁹⁵ Cf. editorial do *Boletim IBCCrim* nº 258 (maio de 2014), intitulado “Manifestações, legislação penal e Constituição”.

5.3.4.2. *O desenvolvimento dos registros civis e da identificação criminal*

A identificação de pessoas, bens e fluxos tem sido objeto de intensa evolução e compõe a base das formas contemporâneas de monitoramento.

Até determinado momento da humanidade, as pessoas sequer possuíam nome de família. Posteriormente, passaram a ser registradas. Tempos depois, foram cadastradas por nome e individualizadas por sistemas cada vez mais sofisticados, como a catalogação de suas impressões digitais, assinaturas, dados biométricos variados⁶⁹⁶.

Nos dias atuais, os cadastros e os correspondentes documentos de identificação compõem parte inseparável da vida em sociedade. Além de todos os seus efeitos civis, tais instrumentos viabilizam, no âmbito jurídico-criminal, a individualização de responsabilidades, a formulação de suspeitas e outras hipóteses investigativas, a reconstrução discursiva de fatos penalmente relevantes, a prevenção de injustiças, a indicação de autorias delitivas e, se for o caso, a punição de quem a merecer.

Interessa aos Estados, inclusive por tais aspectos jurídico-criminais, que pessoas, bens e fluxos sejam identificados. E interessa a potenciais criminosos, especialmente os integrantes de grandes esquemas, que suas pessoas, bens e movimentos passem despercebidos pelos Estados, no que muito lhes auxiliam as variadas falsidades documentais⁶⁹⁷. Um dos resultados desse conflito de interesses é a vertiginosa evolução da tecnologia da identificação: os documentos têm ganhado cada vez mais singularidades (selos, hologramas, sensibilidade à luz ultravioleta, marcas d'água, fios internos, papéis com texturas diferenciadas etc.); senhas e assinaturas digitais se popularizam; a biometria ganha espaço em atividades personalíssimas (como nas votações eleitorais).

⁶⁹⁶ V. DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Curso de identificação de documentos fraudulentos* – guia do participante, versão em português, com 7 módulos e glossário. Washington, 2009, p. 1-66 do 4º módulo.

⁶⁹⁷ V. DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Curso de identificação de documentos fraudulentos*, op. cit., p. 3-20 do 2º módulo e p. 7-17 do 3º módulo. Há comprovada relação entre o terrorismo internacional e falsificações documentais, uma vez que estas permitem aos agentes daquele transitarem despercebidos por locais que considerarem estratégicos.

O ordenamento jurídico brasileiro, em sintonia com o contexto mundial, demonstra preocupação com o registro e a identificação das pessoas, com evidentes reflexos para a atividade de investigação criminal.

No âmbito da identificação civil, os nascimentos e óbitos devem ser registrados, e somente é autorizado o sepultamento após o correspondente registro de óbito⁶⁹⁸. Profissionais especializados (p.e., advogados, médicos, engenheiros etc.) são cadastrados por órgãos de classe de natureza autárquico-corporativa⁶⁹⁹. Ainda não vigora no Brasil, como na Alemanha⁷⁰⁰, exigência de que cada indivíduo adulto mantenha atualizado o próprio endereço (e de seus dependentes) junto a órgão público competente, mas tal imposição legal pode ser uma tendência para o longo prazo, uma vez que facilitaria muitos atos estatais (p.e., planejamentos urbanos, sanções premiais, cobranças, citações, intimações, prisões etc.).

Os fluxos de pessoas também são objeto de cada vez maior interesse do Direito. Ressalvadas situações especiais, brasileiros precisam de passaporte para sair do território nacional, e estrangeiros necessitam de documento congênere para aqui ingressar. Idealmente, todos os movimentos migratórios internacionais devem ser registrados. Não por acaso, esse controle é, no Brasil, de atribuição da Polícia Federal⁷⁰¹.

No Brasil, a Lei Federal nº 12654/2012 modificou a Lei Federal nº 12037/2009 (sobre identificação criminal) e a Lei Federal nº 7210/84 (regente da execução penal), para, respectivamente, instituir banco de dados genéticos para fins de identificação (e investigação) criminal e impor sequenciamento genético aos condenados por crime hediondo ou praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa.

O cadastramento de certos bens e seus fluxos também é objeto de

⁶⁹⁸ V. arts. 29-32, 50-66 e 77-88 da Lei Federal nº 6015/73 (Lei de Registros Públicos).

⁶⁹⁹ V., p.e., arts. 3º e 8º-14 da Lei Federal nº 8906/94 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil).

⁷⁰⁰ Tal imposição legal se trata da chamada *Meldepflicht*, prevista nas leis estaduais alemãs. Cf. GÖTZ, Volkmar. *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*. 15 ed. Munique: C.H. Beck, 2013, p. 5, 40, 42 e 224. SCHENKE, Wolf-Rüdiger. *Polizei- und Ordnungsrecht*. 8 ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2013, p. 17-18 e 24-25.

⁷⁰¹ V. art. 144, § 1º, III, da CR.

crescente interesse, direto ou indireto, da investigação criminal. Negócios considerados sensíveis, como os automobilísticos ou imobiliários, devem ser civilmente registrados⁷⁰². Não por coincidência, a Polícia Federal brasileira tem atribuição para o controle cível-administrativo das atividades referentes a armas, segurança privada e produtos químicos⁷⁰³. As instituições financeiras estão sujeitas a rigorosa fiscalização do Banco Central do Brasil e do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)⁷⁰⁴.

5.3.4.3. Meios indiretos de investigação

Além das fiscalizações *in loco* e buscas pessoais, o crescente controle administrativo (mas com potencial repercussão investigativa) tem manifestações menos visíveis, como, p.e., câmeras filmadoras em ambientes públicos e privados⁷⁰⁵; programas informáticos georeferenciados (e georeferenciadores); fiscalizações rotineiras, periódicas e randômicas; cadastros sobre as mais variadas informações pessoais (de hábitos de consumo a dados genéticos⁷⁰⁶; de ligações telefônicas efetuadas à frequência eleitoral; do endereço residencial à situação comercial e tributária; de viagens internacionais a preferências na *internet*; da percepção de benefícios estatais a eventuais antecedentes criminosos).

⁷⁰² V. arts. 120-129 da Lei Federal nº 9503/97 (registro de veículos) e arts. 167-288-G da Lei Federal nº 6015/73 (registro imobiliário).

⁷⁰³ V. art. 10 da Lei Federal nº 10826/2003 (armas de fogo); art. 1º, § 3º, da Lei Federal nº 7102/83 (segurança privada); art. 7º da Lei Federal nº 10357/2001 (produtos químicos).

⁷⁰⁴ V. arts. 8º-16 da Lei Federal nº 4595/64 (Banco Central do Brasil) e arts. 14-17 da Lei Federal nº 9613/98 (COAF).

⁷⁰⁵ V. PETERSEN, J. K. *Surveillance technologies – spy devices, privacy, history and applications*. 2 ed. Boca Ratón: Auerbach Publications, 2007, p. 3-104. Uma tendência tecnológica evidente é a *mecanização do trabalho policial*, já hoje manifestada, p.e., no emprego dos equipamentos de controle de velocidade, com eventual impacto em crimes e infrações de trânsito. Os chamados *drones*, veículos voadores não tripulados, já são uma realidade na atuação militar, e estão sendo experimentados para a distribuição de produtos no comércio varejista; seguindo o fluxo de outras inovações investigativas ao longo da história, tudo leva a crer que, em breve, será introduzido o trabalho de *drones* na atividade policial, para filmagens, monitoramentos, buscas e até apreensões. Tal inovação (uso de *drones* na atividade policial preventiva e investigativa) poderá ser considerada constitucional, desde que fiquem registrados todos os passos adotados e haja suficiente controle prévio, concomitante e posterior.

⁷⁰⁶ Em ordenamentos jurídicos estrangeiros, já são, há algum tempo, organizados cadastros de pessoas penalmente condenadas e elaborados arquivos de informações genéticas sobre investigados. O relatório coordenado por Leenes, Bert-Jaap e De Hert (*Constitutional rights and new technologies*) descreve a existência consolidada de tais cadastros e arquivos na Bélgica, no Canadá, na França, na Alemanha, na Holanda, na Suécia e nos EUA. No Brasil, como já dito, trata-se de novidade instituída em 2012, pela Lei Federal nº 12654.

Os Estados contemporâneos, entre eles o Brasil, observam as pessoas cada vez mais de perto, o que, de um lado, permitiria uma suposta melhoria da segurança (real ou sentida) e, de outro lado, arranha o direito à privacidade, característico da ideia moderna de democracia⁷⁰⁷.

Diante disso, e do que se acabou de dizer sobre suspeitos e identificações civis e criminais, é possível afirmar a (perigosa) tendência contemporânea à adoção, junto com os meios e técnicas clássicos, de *formas indiretas de investigação criminal*, vale dizer, são crescentes as coletas de dados (escritos, filmados, fotografados, gravados etc.), com interesse investigativo-criminal evidente (ainda que não exclusivo), geralmente por pessoas e órgãos diversos do Estado-Persecutor (polícia administrativa, órgãos empresarias de *compliance*, comerciantes), muitas vezes antes da ocorrência concreta de fato penalmente relevante (o qual se julga futuramente provável), incidentes sobre grupos maiores (p.e.,

⁷⁰⁷ Fundamentado no princípio democrático, na dignidade da pessoa humana e no direito fundamental à privacidade, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, dando provimento a apelação nos Autos nº 0007033-40.2009.4.03.6100/SP (j. 14.11.2013, pub. DJe 25.11.2013), julgou integralmente procedente ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal contra atos normativos das autoridades nacionais de trânsito, os quais previam a instalação obrigatória de equipamentos de rastreamento, localização e antifurto em todos os automóveis que viessem a ser fabricados no Brasil. “(...) VI – O Estado, reconhecendo a sua ineficiência no combate ao crime, quer instituir um mecanismo de controle da liberdade individual de seus cidadãos. Sob o manto da proteção patrimonial, subjuga direitos mais relevantes e mais caros à sociedade, como os direitos à privacidade e à intimidade. VII – Está a ferir, com essa conduta, o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos pilares do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III, CF). Adotando-se a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, colocou-se ‘a pessoa humana como fim último de nossa sociedade e não como simples meio para alcançar certos objetivos, como, por exemplo, o econômico’ (Celso Ribeiro Bastos, Curso de Direito Constitucional, Celso Bastos Editora, 2002, pág. 249). VIII – O direito à privacidade, conquanto não seja indisponível, constitui direito fundamental de todos, só podendo ser renunciado temporariamente e, ainda assim, pelo seu próprio titular e desde que não afete a dignidade humana. Deste modo, cabe ao proprietário do veículo decidir se quer ou não instalar mecanismo de proteção patrimonial em seu bem, ciente das vantagens e desvantagens de sua decisão. Descabe ao Estado intrometer-se na esfera particular do indivíduo e decidir por ele como proteger seu bem. IX – A autodeterminação individual decorre do Estado Democrático de Direito e por ela garante-se ao indivíduo o direito de perseguir os fins e objetivos que entende melhores para sua vida, inclusive renunciando àqueles que entendem convenientes e que impedem ou embarçam o seu projeto. A proteção patrimonial deve ficar a cargo do dono, competindo a ele, unicamente, decidir como, quando e quais bens quer proteger. X – Não cabe à Administração Pública impor a um bem disponível a forma como será efetuada a sua proteção pelo particular. Também é descabido transformar o bem privado em instrumento de segurança pública, uma vez que é obrigação da entidade estatal garantir a segurança de seu povo. XI – O fato de o localizador somente ser habilitado por expressa vontade do consumidor não retira o caráter de impositividade e de ingerência indevida sobre a vida privada. O Estado pode exigir equipamentos ou acessórios obrigatórios quando estes se referirem à saúde e à segurança corporal dos usuários do bem; mas, tratando-se de bens consumíveis disponíveis, não se pode impor aparelhamento cuja funcionalidade seja exatamente impedir a sua disposição. XII – A adoção da medida excepcional de monitoramento indiscriminado de todos os cidadãos proprietários de veículos automotores configura-se medida exacerbada, viola o direito fundamental de privacidade e intimidade, além de afrontar sobremaneira o princípio da razoabilidade ao transpassar para o particular o ônus de zelar pela segurança pública. XIII – Apelação provida.”

passageiros de um aeroporto) ou menores (p.e., pessoas condenadas por crimes sexuais), em espaços estatais (p.e., rodovias) ou particulares (p.e., supermercados e *shopping centers*), com a finalidade (ainda que não exclusiva) de, caso ocorra fato penalmente relevante, encaminhar (ou, pelo menos, disponibilizar) tais informações ao Estado-Persecutor, para lhe auxiliar na investigação criminal.

Os Direitos Civil, Comercial, Consumerista e Trabalhista permitem aos proprietários, fornecedores e empregadores registrarem informações, sons e imagens ocorridas no âmbito de suas propriedades e contratos, desde que previamente avisados os terceiros envolvidos e respeitados espaços muito íntimos, como banheiros e vestiários⁷⁰⁸. O Direito Administrativo, ao estabelecer e regular o denominado poder de polícia administrativa, também permite aos órgãos estatais e paraestatais que façam semelhantes registros, nas suas respectivas searas, e, mediante leis específicas, possibilita a coleta sistematizada de informações especialmente íntimas (como condenações criminais ou dados genéticos). Muitas dessas informações possuem interesse investigativo-criminal evidente (ainda que não exclusivo), e são coletadas com a finalidade (ainda que não exclusiva) de, caso ocorra fato penalmente relevante, serem encaminhadas (ou, pelo menos, disponibilizadas) ao Estado-Persecutor, para lhe auxiliar na investigação criminal. Essas *formas indiretas de investigação criminal* são perigosa interface *preventiva*⁷⁰⁹ do Direito Processual Penal com os Direitos Administrativo, Civil, Comercial, Consumerista e Trabalhista⁷¹⁰.

⁷⁰⁸ STJ, HC 238.786/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Assis Moura, j. 15.05.2014, pub. DJe 30.05.2014; ainda no STJ, RMS 23.570/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 19.08.2008, pub. DJe 11.09.2008; TJSP, Apelação n. 20294620108260172, Autos n. 0002029-46.2010.8.26.0172, j. 18.10.2011, pub. 20.10.2011; TJRJ, Apelação n. 01742782120138190001, Autos n. 0174278-21.2013.8.19.0001, j. 19.11.2013, pub. 05.02.2014; TJSC, Apelação Cível n. 5451 SC 2011.000545-1, j. 06.10.2011. TST, Ag.Inst.Rec.Rev. n. 0000999-98.2012.5.06.0014, Segunda Turma, j. 29.10.2014, pub. DJe 06.11.2014; TRT2, RO 8793620105020, j. 24.04.2013, pub. 03.05.2013.

⁷⁰⁹ Uma vez que fundado em condutas humanas pretéritas, o Direito Penal (material) não pode admitir qualquer natureza preventiva (embora sua legitimidade político-filosófica acene com a ideia de prevenção, ao supostamente inibir práticas criminosas mediante a ameaça de sanção penal, e a tutela penal dos inimputáveis tenha alguma interface preventiva). Já o Direito *Processual* Penal, com a evolução das formas indiretas de investigação criminal, apresenta cada vez mais traços de prevenção (ideia que também se manifesta em outros pontos, como a prisão *preventiva*, as medidas patrimoniais *assecuratórias* etc.).

⁷¹⁰ Exageros já têm sido verificados e combatidos. No âmbito trabalhista, p.e., o Tribunal Superior do Trabalho já teve oportunidade de condenar a submissão geral de comerciários a revistas pessoais no início e no final da jornada (TST, Emb.Dec.Rec.Rev. n. 641571-42.2000.5.02.5555, j. 28.06.2004, pub. DJ 13.08.2004). Na Alemanha, o *Bundesarbeitsgericht* (BAG) decidiu que o permanente monitoramento por câmeras de centro de distribuição postal, onde cartas haviam desaparecido, era desproporcional, porque a finalidade desejada (diminuição dos riscos para o empregador) era excessivamente gravosa em relação à

Denomina-se aqui *meio indireto de investigação* (ou *meio investigativo indireto*) cada canal de informação das referidas *formas indiretas de investigação criminal*. São inúmeros os exemplos: a filmagem ostensiva das pessoas em lojas, supermercados, agências bancárias, *shopping centers*, prédios públicos e privados, elevadores, aeroportos, vias públicas etc.; a implementação de sistemas de *compliance* e auditorias em pessoas jurídicas; correições e fiscalizações variadas; o cadastramento de pessoas criminalmente condenadas (e até de imputados sem condenação definitiva); o cadastramento de informações genéticas, bancárias, fiscais, telefônicas, telemáticas etc.; a elaboração de relatórios de inteligência sobre variados temas, como determinadas movimentações financeiras, conexões entre grandes grupos criminosos, *modus operandi* característico de cada um destes etc. Tais medidas, procedimentalmente atípicas em sua grande maioria, não são exclusivamente destinadas à investigação criminal, mas se mostram objeto de evidente interesse desta e são implementadas também com a finalidade de, se necessário, auxiliá-la.

Compõem a *essência* da ideia do que aqui se denomina *meio investigativo indireto*: *i)* a coleta de dados; *ii)* o inicial interesse investigativo-criminal evidente (ainda que não exclusivo); *iii)* a ausência de foco em pessoa ou fato penal concreto pré-determinado; *iv)* a incidência sobre categorias de pessoas, bens ou fatos; *v)* a incidência em espaços amostrais de acesso significativamente público (físicos ou virtuais, de propriedade estatal ou particular); *vi)* a finalidade (ainda que não exclusiva) de, caso ocorra fato penalmente relevante, encaminhar (ou, pelo menos, disponibilizar) tais informações ao Estado-Persecutor, para lhe auxiliar na investigação criminal.

São *tendências* do que aqui se denomina *meio investigativo indireto*: *i)* a execução geralmente por pessoas e órgãos diversos do Estado-Persecutor; *ii)* a frequente anterioridade temporal em relação à ocorrência concreta de fato penalmente relevante (o qual se julga futuramente provável).

Sobre esses elementos essenciais e tendenciais dos meios indiretos de investigação, são, agora, apresentados breves comentários.

intervenção na privacidade dos empregados (que estavam sob permanente pressão psicológica causada pela constante observação patronal) – BAG 29.06.2004, BB 2005, p. 102-107.

Trata-se da *coleta de dados*, mediante registros escritos, filmados, fotografados, gravados por mecanismos áudio-visuais etc., os quais são ordenada e sistematicamente arquivados em repositórios físicos ou virtuais que permitam sua adequada pesquisa por seus gestores ou outras pessoas legalmente autorizadas.

Tais dados, cadastrais em sentido amplo, são de *inicial interesse investigativo-criminal evidente (ainda que não exclusivo)*. Uma vez que o fenômeno criminoso se tem demonstrado inerente às sociedades humanas⁷¹¹, os vários ordenamentos jurídicos, entre eles o brasileiro, regulamentam (ou simplesmente autorizam) mecanismos informativos viabilizadores ou catalisadores de eventuais investigações criminais. Dos simples registros pessoais às microfilmagens de cheques, dos cadastros papiloscópicos aos bancos de identificação genética, das filmagens em prédios particulares aos livros de fotografias policiais⁷¹², tudo isso ajuda a reconstrução fático-discursiva sobre aparentes crimes puníveis. Por outro lado, informações não componentes de registros sistemáticos não podem ser considerados meios indiretos de investigação criminal: anotações e comunicações privadas, quando forem objeto de interesse investigativo criminal, obedecem a outra lógica de acesso e se submetem a controle geralmente mais rígido.

Tais coletas *não têm foco em pessoa ou fato penal concreto pré-determinado*. Rotineiramente, pessoas são cadastradas, espaços são filmados, fluxos são registrados, levantamentos, correições, auditorias e fiscalizações são levados a efeito. Em princípio, todos os passageiros nos aeroportos são, antes do embarque, sujeitos a revista pessoal; o mesmo ocorre com torcedores antes de grandes jogos de futebol e com a plateia de grandes espetáculos fechados. Todas as movimentações bancárias, comunicações telefônicas, declarações tributárias são registradas. Na maior parte dos assentamentos, filmagens, revistas e registros em geral, nada penalmente relevante ocorre. Entretanto, *caso fato penalmente relevante venha a acontecer*, tais dados serão úteis para sua

⁷¹¹ SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. *La expansión del Derecho Penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Reimpressão. Madri: Civitas, 2001, p. 21-22.

⁷¹² Registros fotográficos de lugares, objetos e pessoas podem auxiliar em vários pontos da investigação, do planejamento de medidas investigativas à formulação de hipóteses reconstitutivas. Por outro lado, Gustavo Badaró (*Processo penal*, op. cit, p. 331) sustenta que o reconhecimento fotográfico não pode ser admitido como prova atípica, pois se trata de simples desobediência do procedimento estabelecido nos arts. 226-228 do CPP – trata-se de *irritualidade* (inadmissível), não de atipicidade (excepcionalmente admissível).

investigação.

Essas coletas *incidem sobre categorias de pessoas, bens ou fatos*. Embora não tenham direção investigativa individualizada, a abordagem se orienta por fatores de agrupamento. Tais fatores podem ser mais abrangentes: p.e., passageiros de um aeroporto; automóveis existentes no território nacional; declarações de imposto de renda. Também podem ser menos amplos: p.e., pessoas condenadas por crimes sexuais; armas de uso restrito; transferências bancárias internacionais. É interessante a verificação do fator de agrupamento para que se possa controlar a atividade investigativa indireta: fatores ilegítimos refletem discriminações injustas e, conforme o grau da injustiça, são contaminadas hipóteses investigativas derivadas e, até mesmo, meios investigativos *diretos* empregados e elementos de *prova* obtidos. Um exemplo de ilicitude probatória: determinado órgão policial, sem qualquer base estatística ou argumento objetivamente demonstrável, cataloga exclusivamente os imigrantes de determinada etnia residentes em sua circunscrição (meio investigativo *indireto*), sob a pura impressão de que tais pessoas tendem a se envolver em certo nicho criminoso; no âmbito de inquérito policial instaurado para apurar fato relativo a tal nicho criminoso, a condição de imigrante da referida etnia residente naquela circunscrição é preponderante para a autorização judicial de meios *diretos* de investigação (p.e., interceptação telefônica ou busca domiciliar); ainda que tais meios investigativos *diretos* obtenham elementos incriminadores da pessoa investigada, resta evidente a ilegalidade derivada de tudo o que se relaciona com a mencionada catalogação, pois esta (meio investigativo *indireto*) violou inquestionavelmente princípios constitucionais fundamentais, como o da igualdade, da proteção aos estrangeiros residentes no país e da dignidade humana.

Os meios indiretos de investigação *incidem sobre espaços amostrais de acesso significativamente público*, físicos (p.e., estádios de futebol) ou virtuais (p.e., fóruns de discussão na *internet*), de propriedade estatal (p.e., rodovias, ambientes urbanos abertos, portos e aeroportos) ou de propriedade particular (p.e., áreas comuns de condomínio residencial, interior de estabelecimentos comerciais, até mesmo escolas e salas de aula). Por outro lado, não podem ser considerados meios indiretos de investigação criminal os que pesquisem espaços amostrais de acesso restrito a poucos e exclusivos titulares:

domicílios, correspondências eletrônicas personalíssimas e âmbitos congêneres, quando forem objeto de interesse investigativo criminal, obedecem a outra lógica de acesso e se submetem a controle geralmente mais rígido.

Os aqui denominados meios indiretos de investigação criminal *possuem finalidade (ainda que não exclusiva) de, caso ocorra fato penalmente relevante, encaminhar (ou, pelo menos, disponibilizar) tais informações ao Estado-Persecutor, para lhe auxiliar na investigação criminal*. Em alguns casos, tal finalidade é evidente e quase exclusiva: é o que ocorre no registro de armas de fogo ou nos bancos criminais de dados genéticos. Em outros casos, tal finalidade se divide com outras: na filmagem do interior de estabelecimentos comerciais, pode haver, por exemplo, interesse na verificação de preferências consumeristas dos clientes; nos registros de visitantes de prédios públicos ou particulares há também interesse estatístico e administrativo. Mas em todas as hipóteses, ocorre ao instituidor da coleta informacional que, caso necessário, os dados poderão ajudar o esclarecimento de fatos penalmente relevantes.

Tendencialmente, os aqui denominados meios investigativos indiretos *costumam ser executados por pessoas e órgãos diversos do Estado-Persecutor*. Seus executores podem ser estatais (cartórios, corregedorias, órgãos de identificação pessoal, de trânsito, de administração pública variada) ou particulares (porteiros de condomínios residenciais, gerentes comerciais, órgãos de *compliance* empresarial etc.). Excepcionalmente, a proximidade com a atividade investigativa é tão grande, que o Direito atribui a coleta informacional a órgãos do Estado-Persecutor: é o que ocorre com o controle administrativo, pela Polícia Federal brasileira, da migração internacional, das armas de fogo, de determinados produtos químicos e das atividades de segurança privada. Há também a coleta difusa de dados já no âmbito investigativo: é a chamada *inteligência persecutória*⁷¹³. O maior número de tais registros ocorre, entretanto, fora do âmbito persecutório (e, na maioria dos casos, não vem a despertar o concreto interesse deste).

Há também *tendência* em que o meio investigativo indireto *preceda temporalmente a ocorrência concreta de fato penalmente relevante*, o qual se julga

⁷¹³ ARAS, Vladimir. *Whistleblowers*, informantes e delatores anônimos, op. cit., p. 365.

futuramente provável. As filmagens de segurança em locais de propriedade estatal ou privada, os registros de ingresso em prédios, os variados assentamentos pessoais e jurídicos são levados a efeito *antes* que, respectivamente, alguém seja filmado em atitude criminosa, determinado bem seja danificado ou subtraído, certa pessoa ou fato necessite ser identificado. Por outro lado, as fiscalizações, auditorias e correições rotineiras, os registros bancários e fiscais, entre outras coletas informacionais difusas, podem ocorrer *concomitantemente ou depois* da prática de crimes ainda não conhecidos (e são destinados, ainda que não exclusivamente, à sua detecção ou comprovação).

Os meios de investigação indireta não podem ser entendidos como a pesquisa de fatos completamente incertos dirigidos a pessoas determinadas (o que daria ensejo a devassas abusivas na vida privada de cidadãos). Trata-se, sim, da coleta difusa de dados que possam auxiliar a investigação sobre fatos criminosos prováveis no âmbito de uma coletividade.

São vários os exemplos de mecanismos legais ensejadores de meios de investigação indireta. A anotação e arquivamento estatais de informações sistematizadas sobre pessoas naturais e jurídicas, títulos, documentos e imóveis, regulamentada pela Lei Federal nº 6015/73 (Lei de Registros Públicos), embora não tenha o sistema penal como sua razão de ser, muito facilita identificações de pessoas e comprovações de fatos eventualmente relevantes em investigações criminais⁷¹⁴. Como já dito acima, os Direitos Civil, Comercial, Consumerista, Trabalhista e Administrativo permitem aos proprietários, fornecedores, empregadores e à Administração Pública registrarem informações, sons e imagens ocorridas no âmbito de suas propriedades e contratos, desde que previamente avisados os terceiros envolvidos e respeitados espaços especialmente íntimos. A Lei Federal nº 12037/2009, ao dispor sobre identificação criminal (inclusive através de perfil genético), faz expressa referência à sua finalidade de auxiliar as investigações criminais⁷¹⁵.

⁷¹⁴ Exemplo disso é encontrado no art. 77 da referida Lei de Registros Públicos (Lei Federal nº 6015/73): “Nenhum sepultamento será feito sem certidão, do oficial de registro do lugar do falecimento, extraída após a lavratura do assento de óbito, em vista do atestado de médico, se houver no lugar, ou em caso contrário, de duas pessoas qualificadas que tiverem presenciado ou verificado a morte.” Tal exigência estimula que o Estado (e, conseqüentemente, a atividade persecutória) seja cientificado sobre eventuais mortes decorrentes de eventos criminosos. V. WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2014*, op. cit., p. 13.

⁷¹⁵ Lei Federal nº 12037/2009, art. 3º, IV: “Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando (...) a identificação criminal for essencial às investigações policiais,

A Lei de Execução Penal, com objetivo claro de subsidiar apurações pretéritas ou futuras, institui a identificação genética de pessoas condenadas por crimes considerados especialmente graves e dá poderes à Administração Pública Federal para a organização e regulamentação de banco de dados genéticos⁷¹⁶. Há várias outras disposições, no Direito brasileiro e em outros ordenamentos⁷¹⁷, nas quais são instituídas e regulamentadas coletas informativas com inicial interesse investigativo-criminal evidente (ainda que não exclusivo), ausência de foco em pessoa ou fato penal concreto pré-determinado, incidência sobre categorias de pessoas, bens ou fatos, em espaços amostrais de acesso significativamente público e finalidade (ainda que não exclusiva) de, caso ocorra fato penalmente relevante, encaminhar (ou, pelo menos, disponibilizar) tais informações ao Estado-Persecutor, para lhe auxiliar na investigação criminal; *tendencialmente*, tais coletas informativas são executadas por pessoas e órgãos diversos do Estado-Persecutor e acontecem antes da ocorrência concreta de fato penalmente relevante (o qual se julga futuramente provável).

Além da interface do Estado-Persecutor com agentes particulares (especialmente as vítimas de crime), o emprego de meios indiretos de investigação é, no âmbito estatal, um dos principais mecanismos viabilizadores da “cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal”, previsto no inciso VIII do art. 3º da Lei Federal nº 12850/2013.

Outro ponto: inovadora ou não, qualquer medida invasiva *excepcional*

segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa (...).”

⁷¹⁶ Lei Federal nº 7210/84: “Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. § 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. § 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.”

⁷¹⁷ No Direito alemão, leis dos Estados-Membros estabelecem a imposição (*Meldepflicht*) de todos os residentes no país, nacionais ou estrangeiros, de comunicarem e manterem rigorosamente atualizados seus endereços junto a órgãos especializados para tal função, assim como a imposição (*Meldeauflage*) de pessoas condenadas por certas ilicitudes de comunicar determinados movimentos e paraderos às autoridades de segurança pública. Tanto a *Meldepflicht* quanto a *Meldeauflage* auxiliam investigações criminais, embora não sejam exclusivamente destinadas a isso. Cf. GÖTZ, Volkmar. *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, op. cit., p. 5, 40, 42 e 224. SCHENKE, Wolf-Rüdiger. *Polizei- und Ordnungsrecht*, op. cit., p. 17-18 e 24-25.

tende a causar mais constrangimento individual que outra medida igualmente invasiva, mas *generalizada*. A coleta, por órgão policial, de impressões papiloscópicas na lavratura de prisão em flagrante é individualizada e constrangedora; a mesma coleta, para fins de registro geral civil, é generalizada e aceita sem embaraço. O assentamento de registros biométricos de pessoa específica, criminalmente investigada, gera constrangimento; tal não ocorre em idêntico assentamento, caso voltado para determinada coletividade de votantes, em atendimento à Justiça Eleitoral.

Com o passar do tempo, novas técnicas e tecnologias, inicialmente caras e excepcionais, tornam-se baratas e corriqueiras. Dos livros impressos ao telefone celular, dos alimentos enlatados ao computador, todo utensílio inovador surgiu no mundo muito dispendioso e, ao longo do tempo, adquiriu preço módico e se tornou acessível a todas as pessoas financeiramente remediadas. Das cirurgias mais simples aos transplantes de órgãos, do aparelho televisor à *internet*, da fotocopiadora ao avião (que, com o advento dos *drones*, pode voar sem qualquer tripulação), toda técnica ou instrumento revolucionário era impensável anos antes de sua invenção e se tornou trivial anos após. Submeter-se a um exame ginecológico seria “humilhação” completamente inaceitável para uma mulher medieval; para as mulheres contemporâneas, o incomum é não se submeter regularmente a tal exame (e o mesmo vale, entre os homens de meia idade, para os exames de detecção cancerígena).

O *barateamento*, a *generalização* e a *normalização no imaginário popular* são, pois, uma tendência das inovações técnico-tecnológicas⁷¹⁸, especialmente exemplificada no âmbito dos meios indiretos de investigação. Por isso, medidas investigativas indiretas que, apesar de legítimas, hoje são caras, excepcionais e, por isso, constrangedoras, tendem a se tornar baratas, gerais, toleráveis e até banais. Por exemplo: com o barateamento dos testes de DNA, em pouco tempo será possível a identificação genética de todas as pessoas, logo no registro de nascimento ou de identidade civil; desse modo, ficarão esvaziadas as discussões sobre prova genética no Direito Processual (e, por exemplo, evitadas situações, tristemente comuns, de cadáveres sem identificação). De outro lado, há medidas que, ainda que venham a se tornar baratas e generalizáveis, tendem

⁷¹⁸ PETERSEN, J. K. *Surveillance technologies – spy devices, privacy, history and applications*. 2 ed. Boca Ratón: Auerbach Publications, 2007, p. 4.

a permanecer inadmissíveis: mesmo com todo o avanço da nano e da biotecnologia, será sempre intolerável a introdução compulsória de rastreador subcutâneo na generalidade dos cidadãos – mecanismos gerais de controle contínuo, frequentes em ideologias totalitárias⁷¹⁹, violam o princípio democrático, no qual a privacidade é a regra para o cidadão comum (e a publicidade é a regra para agentes e órgãos estatais)⁷²⁰.

Como tudo o que diz respeito à obtenção, armazenamento e transmissão de informações, os meios indiretos de investigação se demonstram em franca expansão, por conta das inovações técnicas e tecnológicas das últimas décadas, e cobram o desenvolvimento de teoria jurídica que lhes permita o controle.

⁷¹⁹ Sobre esse fenômeno na Alemanha nazista, v. WYSOCKI, Gerhard. *Die geheime Staatspolizei im Land Braunsschweig*. Polizeirecht und Polizeipraxis im Nationalsozialismus. Frankfurt am Main: Campus, 1997, p. 54-58. Em contraponto, v., sobre a realidade da França contemporânea, COULDERT, Fanny. DEBET, Anne. DE HERT, Paul. Constitutional rights and new technologies in France. In: LEENES, Ronald. KOOPS, Bert-Jaap. DE HERT, Paul. (orgs.). *Constitutional rights and new technologies*, op. cit., p. 110-111 e 115-116. Na França, o Conselho Constitucional ainda não apreciou a constitucionalidade de medidas localizadoras ou identificadoras por biometria, mas validou a filmagem das pessoas em locais públicos (*vidéosurveillance*; Decisão nº 94-352 DC110-11, de 18.01.1995), o emprego de máquinas fotográficas automáticas (“*dispositifs fixes ou mobiles de contrôle automatisé des données signalétiques des véhicules prenant la photographie de leurs occupants, en tous points appropriés du territoire...*”; Decisão nº 2005-532 DC, de 19.01.2006) e as tornozeleiras eletrônicas (“*placement sous surveillance électronique mobile*”; tema abordado por três vezes: Decisão nº 2002-461 DC, de 29.08.2002; Decisão nº 2005-527 DC, de 08.12.2005; e Decisão nº 2004-492 DC, de 02.03.2004 (nessa última: “il incombe au législateur d’assurer la conciliation entre, d’une part, la prévention des atteintes à l’ordre public et la recherche des auteurs d’infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d’autre part, l’exercice des libertés constitutionnellement garanties”). Sobre a *biometria* a *Commission nationale de l’informatique et des libertés* (CNIL), através de recomendações, considerou abusivo o uso generalizado de dados biométricos coletados para fins administrativos em atividades investigativas criminais; por isso, entendeu necessária a utilização de diferenciados padrões biométricos, no âmbito administrativo-preventivo (por exemplo, análise da geometria da mão ou reconhecimento da íris) e no âmbito criminal (classicamente, identificação datiloscópica), evitando-se o cruzamento, pela polícia, de ambos os cadastros; a CNIL, entretanto, admitiu a identificação datiloscópica como padrão biométrico administrativo-preventivo em áreas muito sensíveis da segurança pública, nas quais eventual investigação criminal precisa ser especialmente facilitada (p.e., a CNIL admitiu a identificação datiloscópica como padrão biométrico para o acesso de funcionários em áreas sensíveis dos aeroportos de Orly e Roissy, em Paris; a mesma CNIL entendeu irrazoável a identificação datiloscópica como padrão biométrico para controle de frequência e pontualidade dos empregados de determinado hospital). Sobre o monitoramento, por empresas de *software*, do compartilhamento de arquivos eletrônicos adquiridos – músicas, *video games* etc.; a CNIL tende a entendê-lo desproporcional; o *Conseil d’Etat*, recentemente, o entendeu admissível. Contraposição semelhante (entre a CNIL e o *Conseil d’Etat*) se verifica quanto a “*disque-denúncias*” mantidos por empresas privadas, referentes, p.e., a pirataria e violações no ambiente de trabalho. Sobre o direito de ambular ou trafegar anonimamente, v. *Conseil Constitutionnel*, Decision 79-107 DC, de 12.07.1979 (“*ponts à péage sur les routes nationales ou départementales*”), decisão hoje abalada pelas novas tecnologias de rastreamento. Segundo Couldert, Debet e De Hert, a formulação genérica dos direitos fundamentais franceses e sua interpretação pelo Conselho Constitucional tem permitido ao sistema jurídico francês acolher satisfatoriamente o emprego de novas tecnologias, sem a necessidade de grandes ou urgentes adaptações normativas, as quais normalmente são introduzidas por regulamentações administrativas, como as operadas pela CNIL.

⁷²⁰ V. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Autos nº 0007033-40.2009.4.03.6100/SP (j. 14.11.2013, pub. DJe 25.11.2013), precedente parcialmente transcrito acima.

5.3.5. A inovação tecnológica e o meio investigativo pericial

5.3.5.1. Aspectos gerais da perícia

A perícia é reconhecida em todos os ordenamentos processuais de inspiração pós-iluminista, tanto em âmbito processual civil quanto penal, e se demonstra especialmente suscetível a inovações técnicas e tecnológicas⁷²¹: exames e constatações absolutamente impensáveis há cem anos se prestam hoje à afirmação ou negação de fatos essenciais à reconstrução investigativa ou probatória.

Na conceituação dada por Hélio Tornaghi, a perícia seria “uma pesquisa que exige conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos”⁷²². Segundo Aury Lopes Júnior, ela subministra fundamentos para um conhecimento comum às partes e ao juiz, sobre questões distantes do saber ordinário⁷²³.

No ordenamento jurídico brasileiro, a perícia está disciplinada nos arts. 158 a 184 do CPP, entre os *meios de prova*.

Entretanto, a perícia costuma surgir como *meio de investigação*, no âmbito de inquéritos policiais ou procedimentos ministeriais, com potencialidade para induzir a formação de *opinio delicti* negativa ou, no caso de *opinio delicti* positiva, produzir elementos probatórios pré-constituídos. Examina-se um cadáver e identificam-se projéteis nele alojados para se testarem as hipóteses de homicídio ou suicídio; auditam-se contabilmente os registros de determinada empresa para se avaliar a possibilidade de que seus diretores tinham conhecimento de determinada sonegação fiscal; pesquisa-se o material genético deixado em suposta vítima de crime sexual para que se busquem

⁷²¹ V. SCARANCE FERNANDES, Antonio. Tipicidade e sucedâneos de prova. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de. MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Provas no processo penal – estudo comparado*. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 18-19.

⁷²² Cf. TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 4º volume. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 169.

⁷²³ V. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 1º volume. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 597.

melhores informações sobre o suposto agressor.

Antonio Scarance Fernandes⁷²⁴, Antonio Magalhães Gomes Filho⁷²⁵, Guilherme Madeira Dezem⁷²⁶ consideram a perícia um instrumento de reconstrução fática, assim como os documentos e testemunhos. Hélio Tornaghi⁷²⁷, Paulo Tonini⁷²⁸ a percebem como auxílio até mesmo valorativo ao convencimento judicial, *algo entre a prova e a sentença*.

Não são ruins os argumentos favoráveis à segunda corrente:

- se, de um lado, o perito pode ter a função de analisar técnico-cientificamente fatos não controvertidos quanto à sua ocorrência (exemplo: não há dúvida de que determinado pó branco, a ser periciado, foi encontrado na casa do imputado “X” – *perícia percipiendi*), também é frequente a função pericial de apontar fatos de existência questionada (exemplo: deve ser examinado se o projétil supostamente alojado no cadáver da vítima “V” foi – ou pode ter sido – disparado pela arma do imputado “Y” – *perícia deduciendi*)⁷²⁹;

- o art. 220, 1, do CPP italiano dispõe que é também função do perito realizar *valoração* de dados relevantes para o processo⁷³⁰;

- o art. 171 do CPP brasileiro dispõe que, “nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa, ou por meio de escalada, os peritos, além de descrever os vestígios, *indicarão* com que instrumentos, por que meios e em que época *presumem* ter sido o fato praticado”, dando aos peritos expressa função opinativa, a qual, pelo art. 213 do mesmo diploma legal, é negada à testemunha⁷³¹.

⁷²⁴ V. SCARANCE FERNANDES, Antonio. Tipicidade e sucedâneos de prova. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de. MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Provas no processo penal – estudo comparado*. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 18-19.

⁷²⁵ Cf. V. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz. MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 309.

⁷²⁶ V. DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal – tipo processual, provas típicas e atípicas – Atualizado de acordo com as Leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08*. Campinas: Millennium, 2008, p. 189-196.

⁷²⁷ Cf. TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 4º volume. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 237.

⁷²⁸ V. TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, p. 183.

⁷²⁹ LARONGA, Antonio. *Le prove atipiche nel processo penale*. Padova: CEDAM, 2002, p. 19.

⁷³⁰ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, p. 183.

⁷³¹ Cf. TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 4º volume. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 237.

Entretanto, parece mais convincente o entendimento de Aury Lopes Júnior⁷³²: num sistema acusatório, em que o debate processual conduz ao livre convencimento judicial (desde que fundamentado), à inexistência de hierarquia abstrata entre as provas e à não-vinculação do juiz-destinatário a esta ou aquela prova, não se pode dar à perícia qualquer destaque em relação aos demais meios probatórios (juntada de documentos, oitiva de testemunhas etc.). Por isso, e até mesmo pelo lugar concedido à perícia em todas as legislações processuais contemporâneas de que se tem notícia, adota-se aqui o entendimento de que a perícia é *meio de investigação e de prova*, ou seja, instrumento ou atividade através da qual elementos informativos em sentido amplo são introduzidos e fixados nos autos investigativos ou processuais, vale dizer, canais de informação a serviço do juiz ou do investigador⁷³³. Obviamente, um meio probatório dotado de características gnoseológicas muito peculiares (e tanto mais persuasivas quanto mais especializado for o tema a ser esclarecido), mas, ainda assim, meio de prova.

Para Uwe Hellmann⁷³⁴, são quatro as possíveis finalidades da perícia: realização de tarefas para as quais se deva possuir conhecimento especializado, acima do que se espera dos profissionais do Direito (é o que ocorre, por exemplo, quando é necessário colher sangue da vítima); investigação das normas técnicas ou científicas aplicáveis a determinado caso, aí se incluindo, excepcionalmente, até mesmo a pesquisa de normas jurídicas de direito estrangeiro eventualmente úteis para melhor julgar certo caso; certificação sobre material já colhido por outrem (por exemplo, pó branco apreendido na mala de suposto traficante de drogas); e avaliação valorativa de contextos relevantes para o caso (por exemplo, o exame médico-legal sobre a sanidade mental do acusado). Tal desmembramento, em quatro finalidades, aparenta ser excessivo até para fins acadêmicos, pois as duas primeiras se agrupam no que Laronga, como dito acima⁷³⁵, denomina *perícia percipiendi*, e as duas últimas se reúnem no que Laronga chama de perícia *deduciendi*.

Numa classificação também bipartida e bastante semelhante à de

⁷³² V. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 1º volume. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 597.

⁷³³ V. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova, op. cit., p. 308-309. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, op. cit., 272-273.

⁷³⁴ Cf. HELLMANN, Uwe. *Strafprozessrecht*. 2 ed. Berlin: Springer-Verlag, 2006, p. 261.

⁷³⁵ LARONGA, Antonio. *Le prove atipiche nel processo penale*, op. cit., p. 19.

Laronga, vale trazer aqui a de Luís Fernando de Moraes Manzano⁷³⁶: há a perícia meramente técnica (*instrutória*), na qual o experto age como *longa manus* do destinatário (exercendo avaliação que o próprio destinatário poderia pessoalmente fazer), e perícia como contribuição científica especializada (*integrativa da prova*, na qual “a fonte, o meio e o elemento formam um todo gnoseologicamente indissociável”).

A origem da perícia remonta ao império romano, ou possivelmente antes, mas o começo de seu reconhecimento jurídico-político só se deu após séculos de obscurantismo e busca da verdade através das mais irracionais ordálias, já no século XIII. O então Papa Inocêncio III tornou o exame pericial obrigatório para *crimes de sangue* (notadamente o homicídio)⁷³⁷. A história narra, entretanto, que até o século XIX várias injustiças foram praticadas por causa (ou a pretexto) da não-utilização ou não-prevalência de exames técnicos ou científicos para a apuração de crimes (lembrando-se o exemplo do capitão judeu-francês Alfred Dreyfuss, injustamente condenado, em 1894, por supostamente *vazar* segredos militares aos alemães, quando já havia, na época, conhecimento técnico suficiente para se apurar a inidoneidade, anos após descoberta, dos supostos documentos *vazados*). Com a evolução da investigação criminal científica (através de Vidocq, Mittermayer, Gross, Locard – para este, “*todo contato deixa um rastro*”), o século XX pode ser iniciado sob nova perspectiva jurídico-criminal, dando-se mais um passo na prevenção das arbitrariedades judiciais⁷³⁸.

Contemporaneamente, com a ascensão da ciência ao mais alto reconhecimento social, a perícia acabou por receber o mais alto valor probante, de modo até perigoso⁷³⁹.

⁷³⁶ Cf. MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2010, p. 37-42.

⁷³⁷ Cf. TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 4º volume. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 173.

⁷³⁸ SILVA, Alexandre Alberto Gonçalves. SANCHEZ, Pedro Luis Próspero. A perícia como garantidora dos direitos humanos no século XIX. In: *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*. Ano 14, nº 16 (2010), p. 1-14.

⁷³⁹ LOPES JÚNIOR alerta sobre os perigos de sua absolutização pelo juízo criminal. V. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 1º volume. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 597 e seguintes.

Sendo a ciência um saber aproximativo e precário, como alerta Manzano⁷⁴⁰, a possibilidade de absorção acrítica de laudos periciais por autoridades investigativas, juízes e tribunais pode colocar em risco várias conquistas civilizatórias, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

Ressalte-se, também, a *inexistência de hierarquia abstrata entre os meios de investigação ou de prova*⁷⁴¹. Já na exposição de motivos do (ainda) vigente CPP brasileiro está consignado: “todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra; se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material”. Não há *rainha das provas* no Direito Processual contemporâneo. Consagrado o princípio do livre convencimento fundamentado, devem todos os elementos probatórios constantes dos autos ser judicialmente valorados em cada caso concreto, independentemente das fontes (legítimas) ou dos meios probatórios (lícitos) que os trouxeram ao conhecimento do juízo. Especificamente quanto à perícia, é bom lembrar, neste tempo de alto crédito dos saberes sistematizados, que a reconstrução fática ocorrida no processo (especialmente o penal) não pode prescindir da detida análise de *todas* as perspectivas probatórias oportunamente suscitadas⁷⁴², devendo o juízo, no caso de elementos de prova ideologicamente conflitantes, fundamentar suas opções na verossimilhança *concreta* dos elementos privilegiados (ou na inverossimilhança, também *concreta*, dos elementos desvalorizados).

Quanto à liberdade de convencimento do juiz em relação à prova pericial, dois extremos devem ser evitados: o de total subordinação ideológica às conclusões dos expertos e o de desconsideração (ou auto-sub-rogação no lugar) desses. De um lado,

⁷⁴⁰ Cf. MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2010, p. 215-247.

⁷⁴¹ V. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 1º volume. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 597-598. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 3º volume. 31ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 254. OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13ª edição. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 354-356.

⁷⁴² Nesse sentido, não pode ser aplicado às *perspectivas probatórias* o – criticável – entendimento jurisprudencial dominante segundo o qual “o juízo não tem o dever de enfrentar todos os argumentos das partes”. Ainda que o juízo possa desconsiderar *teses jurídicas* levantadas pelas partes (o que, embora polêmico, é jurisprudência dominante), as *teses eminentemente fáticas* (e suas respectivas *perspectivas probatórias*) devem ser, todas e sempre, enfrentadas, sob pena de desproporcional violação ao devido processo legal, ao dever de fundamentação e aos direitos de ação e de ampla defesa.

somente uma conduta judicial crítica, independente, aberta ao contraditório e muito atenta aos argumentos das partes e seus assistentes técnicos pode salvar a validade constitucional (interpretação conforme a Constituição) de dispositivos do CPP brasileiro que conferem aos peritos expressa função opinativa – é o caso, por exemplo, do art. 171 do CPP brasileiro, o qual dispõe que, “nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa, ou por meio de escalada, os peritos, além de descrever os vestígios, *indicarão* com que instrumentos, por que meios e em que época *presumem* ter sido o fato praticado”. De outro lado, apesar de se dizer que o juiz é o *peritus peritorum*, não lhe é dado cuidar pessoalmente do exame pericial (ainda que detenha o conhecimento científico necessário), para que lhe seja preservada a imparcialidade. Imagine-se, por exemplo, um *juiz-médico* que decidisse cuidar pessoalmente de exame cadavérico pertinente a processo de sua competência – inevitavelmente, o exame pericial o levaria à elaboração de hipóteses que antecipariam indevidamente seu juízo sobre a procedência ou não da acusação.

Outra pergunta incidental: num processo em que se discuta questão objeto de conhecimento especializado, qual é o limite do conhecimento leigo, a partir do qual somente com laudo pericial o investigador ou juiz pode dar como provada determinada afirmação fática? Para Antonio Laronga, o limite seria “o patrimônio cultural do homem médio, sempre crescente com o passar dos anos”⁷⁴³.

5.3.5.2. *Perícia e tipicidade investigativo-probatória*

Guilherme Madeira Dezem⁷⁴⁴ reconhece dificuldade em se regulamentarem integralmente as perícias e entende que, embora a perícia seja canal epistemológico *típico*, o Direito Processual tende a se abster de maior detalhamento técnico sobre os atos materiais do experto. Vale dizer, para Dezem o método utilizado pelo perito não é, em regra, integrante da tipicidade processual, ainda que, excepcionalmente,

⁷⁴³ LARONGA, Antonio. *Le prove atipiche nel processo penale*. Padova: CEDAM, 2002, p. 18.

⁷⁴⁴ V. DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal – tipo processual, provas típicas e atípicas – Atualizado de acordo com as Leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08*. Campinas: Millennium, 2008, p. 189-196.

possam ser legalmente estabelecidos elementos normativos na realização da perícia, geralmente relativos à tipicidade de determinados delitos (p.e., no crime de incêndio é necessário averiguar o perigo que resultou do fogo) ou a critério uniformizador do trabalho do perito (p.e., o art. 174 do CPP estabelece regras uniformizadoras para reconhecimento de escritos). Como ilustração de sua opinião, Dezem sustenta que o exame genético (reconhecimento de DNA) é prova típica, sujeita às regras da perícia, apenas com a peculiaridade jurídica de necessidade do elemento volitivo para se legitimar a intervenção corporal, e as peculiaridades técnicas referentes à coleta, guarda, manuseio e análise do material objeto de exame pericial⁷⁴⁵.

Posição contraposta é adotada por Luís Fernando de Moraes Manzano⁷⁴⁶, o qual parte do razoável pressuposto de que o *procedimento técnico-pericial* integra o rito probatório. Por isso, Manzano sustenta que nem as perícias nominadas tampouco as inominadas possuem (sequer poderiam possuir) rito probatório integralmente disciplinado pela lei. Dessarte, expressamente discordando da opinião de Dezem, acima resumida, Manzano conclui que *todas as perícias constituiriam provas atípicas* – menos atípicas nas consideradas perícias meramente técnicas (*instrutórias*, nas quais o experto age como *longa manus* do juiz, exercendo avaliação que o próprio juiz poderia pessoalmente fazer) e mais atípicas nas perícias que se constituam em contribuições científicas especializadas à instrução das causas (*integrativas da prova*, nas quais “a fonte, o meio e o elemento formam um todo gnoseologicamente indissociável”)⁷⁴⁷.

E há terceira perspectiva, de certo modo intermediária: pode ser sustentado, na linha do que foi dito sobre *provas insatisfatoriamente regulamentadas*⁷⁴⁸, que a perícia é prova típica, cujas recomendações puramente técnicas tendem a impor, em determinado momento da evolução jurídica, novas regras procedimentais, as quais, enquanto não surgem, geram problemas afetos às provas atípicas.

⁷⁴⁵ V. DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal*, obra citada, p. 195-196.

⁷⁴⁶ Cf. MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2010, p. 83-97.

⁷⁴⁷ Cf. MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*, obra citada, p. 37-42 e 88-97.

⁷⁴⁸ V. Capítulo 4.

Portanto, pode-se entender, com Guilherme Dezem, que a perícia é prova típica, mas submetida a procedimento técnico marcadamente *praeter legem*; ou, com Luís Fernando Manzano, que a perícia é sempre legitimamente atípica, uma vez que integrada pelo respectivo procedimento técnico, insuscetível de regulamentação exauriente. E pode-se entender, na linha do que foi dito sobre *provas insatisfatoriamente regulamentadas*⁷⁴⁹, que a perícia é prova típica, cujas recomendações puramente técnicas podem impor, em determinado momento, novas regras procedimentais. Qualquer seja o entendimento, o impacto da constante inovação técnica e tecnológica traz duas importantes consequências para o meio investigativo-probatório pericial.

A primeira consequência seria o deslocamento, para o juiz, da decisão sobre a admissibilidade e assunção da prova técnica e científica no processo, incumbindo-lhe o exame da confiabilidade do princípio subjacente e do método que o aplica (função de *gatekeeper*, especialmente quanto à não-admissão de prova ilícitas). Dessa função de *gatekeeper* decorre “a importância de se buscarem critérios ou requisitos de admissibilidade da prova técnica e científica que municiem o juiz nessa difícil tarefa”⁷⁵⁰. Nessa linha, Kenneth Broun⁷⁵¹ apresenta a evolução dos critérios da jurisprudência norte-americana para o juízo de admissibilidade da prova científica (especialmente a inovadora): *Frye versus United States* (1923; “uma técnica deve ser generalizadamente aceita pela comunidade científica”); *Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. versus Daubert* (1993; interpretação da *Rule 702* da *Federal Rules of Evidence*; cinco fatores – não exaustivos – para a admissibilidade da prova científica: testabilidade; revisibilidade pelos pares; percentual de erro conhecido ou potencial; existência e respeito aos padrões teóricos e técnicos; aceitação geral da comunidade científica); *General Electric versus Joiner* (1997; revalidação dos critérios anteriores, com valorização da discricionariedade dos juízos e tribunais no juízo de admissibilidade; exigência de maior *confiabilidade* da prova científica); *Kumho Tire Co. versus Carmichael* (1999; admissibilidade, ao lado da prova científica, da prova técnica, desde que obedecidos os critérios de *Daubert*)⁷⁵².

⁷⁴⁹ V. Capítulo 4.

⁷⁵⁰ Cf. MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*, obra citada, p. 97.

⁷⁵¹ V. BROUN, Kenneth S. *McCormick on evidence*. v. 1. 7 ed. Danvers: Thompson Reuters, 2013, p. 1143-1161.

⁷⁵² A aceitação de informações decorrentes de técnicas e tecnologias supostamente inovadoras ou ultraspecializadas é objeto de inevitáveis polêmicas. Na prática forense brasileira, não são raros, por exemplo, requerimentos de submissão do imputado a hipnose ou de admissão probatória, especialmente

A segunda consequência, objeto do próximo item, seria a atribuição de importância ainda maior ao princípio do contraditório.

5.3.5.3. *A importância do contraditório desde o início da construção da prova pericial*

Quanto mais especializado for o conhecimento implicado na perícia, maior é a sensação de subordinação ideológica do jurista-destinatário às conclusões dos peritos. Como já dito acima – e especialmente em casos de *perícias inovadoras* –, somente uma conduta judicial crítica, independente, aberta ao contraditório e muito atenta aos argumentos das partes e seus assistentes técnicos pode salvar a validade constitucional (interpretação conforme a Constituição) de dispositivos do CPP brasileiro que conferem aos peritos expressa função opinativa – por sua sensibilidade, repita-se o exemplo do art. 171 do CPP brasileiro, o qual dispõe que, “nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa, ou por meio de escalada, os peritos, além de descrever os vestígios, *indicarão* com que instrumentos, por que meios e em que época *presumem* ter sido o fato praticado”.

O paradigma de Estado Democrático de Direito, consagrado pelo art. 1º da Constituição da República, somente se efetiva com a *melhor* participação possível dos cidadãos no poder e nas tomadas de decisão, principalmente quando tais decisões lhes

em julgamentos por júri, de cartas psicografadas, alegadamente enviadas do além-mundo por vítimas de homicídio. Polígrafos e soros da verdade são, às vezes, também cogitados pela própria defesa. V. MAFFEI, Stefano. Ipnosi, poligrafo, narcoanalisi, risonanza magnetica: metodi affidabili per la ricerca processuale della verità? In: NEUBURGER, Luisella de Cataldo (org.). *La prova scientifica nel processo penale*. Padova: CEDAM, 2007, p. 417-428: nas p. 417-425, sobre a inadmissibilidade de métodos não cientificamente aceitos (hipnose, detector de mentiras, tomada de depoimento mediante infusão de narcóticos no depoente, ressonância magnética sobre o depoente), por violarem, além da dignidade humana, o requisito de *general acceptance* do antigo caso estadunidense *Frye v. U.S.*, 293 F. 1013 (1923), hoje mundialmente consagrado em seu fundamento geral; e, nas p. 425-428, sobre a hipótese de tais medidas algum dia chegarem a graus cientificamente aceitos (como pode vir a ser o caso, no futuro, da ressonância magnética sobre o depoente através da técnica *Functional Magnetic Resonance Imaging*, FMRI), e também sobre perícias para aferição da sinceridade do imputado (por violação a seu direito ao silêncio e à auto-defesa) e de testemunhas e vítimas (por violação ao contraditório – direito ao confronto – e à necessária apreciação judicial da prova oral).

afetem diretamente⁷⁵³.

Pensando-se no contraditório como o direito de participação dos potenciais afetados, em simétrica paridade, na construção (dialógico-discursiva) do futuro provimento jurisdicional, entende-se, aqui, como constitucionalmente adequada a teoria do processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes⁷⁵⁴, por lançar luzes mais democráticas aos conceitos tradicionais de processo, procedimento, provimento jurisdicional, contraditório, ação, partes e instrumentalidade do processo: se o ato estatal de caráter imperativo (provimento), num processo jurisdicional, vai afetar o *universum jus* das partes (e, no caso do demandado penal, é sua liberdade que está em jogo), por que se assentar toda a responsabilidade de uma boa ou má decisão sobre os ombros do Estado-Juiz? Qual a legitimidade democrática de um Estado que, quando provocado, presta a tutela jurisdicional sem dar aos afetados pelo provimento a oportunidade de, com base no Direito, construí-lo discursivamente? Afinal, qual deve ser a noção de processo no Estado Democrático de Direito?

Nos limites deste trabalho, basta a seguinte síntese⁷⁵⁵: há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na simétrica paridade da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos.

Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, o processo, reafirmando-se como instituto de Direito Público, tem dois principais traços: a) consolida-se como garantia do cidadão contra quaisquer desmandos e autoritarismos⁷⁵⁶; e b)

⁷⁵³ Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. Segundo tal autor, não se pode aceitar como constitucional um modelo teórico de processo baseado na justiça *salomônica*, em que se espera do Estado-Juiz que dê uma boa sentença, compondo adequadamente o litígio. Só pode ser de Estado Democrático de Direito o modelo teórico que, obviamente respeitando a legalidade, promova a participação, dos diretamente afetados, na construção sua construção (dialógico-discursiva).

⁷⁵⁴ V. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, obra citada. V. tb. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 4 ed. Padova: Cedam, 1986.

⁷⁵⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, op. cit.

⁷⁵⁶ V. Constituição da República, art. 5º, LIV. Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O valor constitucional dos “direitos de defesa”: jurisdição e constituição. In: *Jornal da pós-graduação da FDUFG*. Maio de 2000. Do mesmo autor: *Processo constitucional. Revista Forense*. Vol. 337. 1997. Cf., também, do mesmo autor, *Teoria geral da cidadania*. São Paulo: Saraiva, 1995.

entendido como procedimento realizado em contraditório, passa a ser de sua essência a participação das partes, em simétrica paridade, na construção (dialógico-discursiva) do provimento jurisdicional resultante.

Especificamente quanto ao contraditório relativo às perícias criminais, ressalta-se a opinião de Antonio Scarance Fernandes⁷⁵⁷, para quem, com vista ao equilíbrio entre acusação e defesa (ou entre eficiência e garantismo), deve ser otimizada a participação dos investigados na realização de perícias não urgentes.

Na mesma linha, Giulio Ubertis⁷⁵⁸, comentando o art. 111, 4, primeira parte, da Constituição Italiana⁷⁵⁹, sustenta a relevância do contraditório na formação da prova, tanto para conferir maior legitimidade à futura decisão judicial, quanto para dar melhor qualidade gnoseológica à instrução probatória. Para Ubertis, tal direito fundamental somente pode ser relativizado em casos de contraditório *implícito* (p.e., recusa do imputado, devidamente citado, em participar do processo), *impossível* (p.e., pela incompatibilidade do sigilo intrínseco a medida investigativa, ou por irrepetibilidade) ou *prejudicado por fato desleal da parte a quem o contraditório aproveitaria* (p.e., frustração de nova oitiva, em contraditório, por ameaça do acusado a testemunha que depusera em sede policial, sem participação da defesa).

Qualquer seja a conclusão sobre a tipicidade ou não das provas periciais decorrentes de inovação técnica, tecnológica ou científica, aponta-se, portanto, a importância da máxima legitimação das decisões que venham nelas se fundamentar, a qual somente poderá se dar pela via discursiva, da otimização do princípio do contraditório⁷⁶⁰.

⁷⁵⁷ V. SCARANCE FERNANDES, Antonio. O equilíbrio na investigação criminal. In: YARSHELL, Flávio Luiz. MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 328-330.

⁷⁵⁸ Cf. UBERTIS, Giulio. Il contraddittorio nella formazione della prova penale. In: YARSHELL, Flávio Luiz. MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 331-340. V. tb. KALB, Luigi. *La "ricostruzione orale" del fatto tra "efficienza" ed "efficacia" del processo penale*. Torino: G. Giappichelli, 2005, p. 18-21.

⁷⁵⁹ Art. 111, 4, primeira parte, da Constituição Italiana: "*Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova.*" (tradução livre: o processo penal é regulado pelo princípio do contraditório na formação da prova)

⁷⁶⁰ Nesse sentido, deve ser analisada com muita reserva a impressão e juntada aos autos de pesquisa bibliográfica ou página da *internet*, veiculadora de informações técnico-científicas extremamente especializadas. Tal conduta não pode substituir a análise concreta do objeto de prova, sob pena de ocorrer *anomalia probatória* (utilizar-se indevidamente o procedimento das provas documentais como sucedâneo de prova pericial), com violação ao princípio do contraditório.

Sobre as inovações tecnológicas na provas e meios de investigação, muitas são as perguntas (e poucas são as respostas) sobre o adequado ponto de equilíbrio entre eficiência da persecução penal (especialmente num mundo ameaçado por formas de criminalidade sofisticadas) e a manutenção das garantias fundamentais dos cidadão (indeclináveis, porque embasadoras de nossa evolução social).

Há que encarecer a contínua implementação da participação do imputado desde os primeiros momentos da elaboração do elemento de prova decorrente de perícia. Como aqui dito, deve ser crescentemente buscado o respeito à garantia do contraditório desde o início da construção da prova pericial, com vista ao equilíbrio entre acusação e defesa, ressalvadas situações de contraditório implícito (recusa), impossível (sigilo intrínseco ou irrepetibilidade) ou prejudicado (conduta ilícita ou desleal da outra parte)⁷⁶¹.

⁷⁶¹ V. SCARANCE FERNANDES, Antonio. O equilíbrio na investigação criminal, op. cit., p. 319-330. V. tb. UBERTIS, Giulio. Il contraddittorio nella formazione della prova penale, op. cit., p. 331-340.

CAPÍTULO 6: POR UMA TEORIA JURÍDICA DA INOVAÇÃO INVESTIGATIVA CRIMINAL

A inovação técnica e tecnológica influi em vários pontos do Direito Processual – basta imaginar-se a mudança dos autos manuscritos para os datilografados, que depois passaram a ser impressos via computacional e, atualmente, começam a existir apenas em ambiente eletrônico-virtual.

No âmbito das investigações criminais, a inovação técnica e tecnológica há muito se revelou necessária para a elucidação de fatos cada vez mais dinâmicos, criativos e planejados para driblar a percepção estatal.

A relação, aparentemente inevitável, entre inovações técnico-tecnológicas e direitos fundamentais é, já de início, problemática⁷⁶²: os direitos fundamentais são vocacionados para a estabilidade e a perenidade, enquanto as inovações técnicas e tecnológicas tendem a ser voláteis e até abruptas⁷⁶³; os direitos fundamentais se preocupam primordialmente em não repetirem erros do passado, ao passo que os avanços

⁷⁶² Cf. LEENES, Ronald. BERT-JAAP, Koops. DE HERT, Paul. Introduction. In: LEENES, Ronald. BERT-JAAP, Koops. DE HERT, Paul. (orgs.). *Constitutional rights and new technologies*. Haia: TMC Asser Press, 2008, p. 1-10. Tais autores lembram, por exemplo, que a popularização da telefonia celular, nos anos 90, foi uma pequena revolução: telefones móveis são personalizados, portáteis, tornam seu possuidor muito mais facilmente identificável durante as chamadas, bem mais alcançável por terceiros (desejáveis ou não) e rastreável em seus movimentos. Isso gerou debate sobre a existência ou não de direitos fundamentais à *anonimidade do interlocutor telefônico* e à *proteção do tráfego de dados*. Os autores também ressaltam o poder das empresas administradoras de *sites* de busca (especialmente *Google*), as quais sabem as necessidades informacionais de seus usuários. E comentam sobre o uso investigativo de biotecnologia, *chips* microscópicos, *body scanners* portáteis e dos novos aparelhos (chamados *terahertz scanners* para detecção de pessoas em quartos fechados, que colocam em xeque as inviolabilidades do corpo e do domicílio).

⁷⁶³ Essa tensão entre a estabilidade dos direitos fundamentais e a fugacidade técnico-tecnológica é especialmente sentida entre os teóricos e práticos do Direito, que tendem a receber novas técnicas e tecnologias com reservas maiores que entre os profissionais, por exemplo, das ciências químicas, físicas e biológicas. Como bem relata Néfi Cordeiro: “É natural e psicologicamente compreensível a resistência do homem ao novo, ao diferente. No Direito são vários os exemplos de resistência à modernidade, que hoje podem ser até risíveis, mas que mereceram fortes resistências teóricas, e que vão desde a não admissão de sentença datilografada, pela perda da pessoalidade judicial ou pelo risco de fraudes – ou, mais recentemente, a resistência a sua impressão por computador, pela perda da singularidade do ato –, à exigência do tempestivo recebimento da petição enviada por fax (qual o sentido, então, do fax?) e ao recente argumento de que audiências gravadas precisam transcrição para assegurar que sejam lidas pelos tribunais...” (CORDEIRO, NÉFI. Prefácio. In: FIOREZE, Juliana. *Videoconferência no processo penal brasileiro*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 17).

técnicos e tecnológicos quase só têm olhos para o futuro; os direitos fundamentais estão congenitamente comprometidos com sua igual repartição entre os participantes de determinada comunidade política (ainda que, por dificuldade em sua implementação, tal igualdade funcione apenas formalmente ou como ideal), ao mesmo tempo em que o progresso técnico-tecnológico é filho da competição, na qual existem vencedores (no caso, os que possuem a melhor técnica ou tecnologia) e perdedores (os que se encontram retrógrados, ainda que, no médio ou longo prazo, a inovação também se torne acessível a estes); os direitos fundamentais afirmam certezas categóricas sobre o bem viver, e as inovações técnico-tecnológicas criam novas necessidades, com isso, modificam, às vezes radicalmente, o significado do que seja bem viver.

Mas não há dúvida: os direitos fundamentais têm primazia sobre as técnicas e tecnologias.

Afinal, os direitos fundamentais são *fins em si mesmos*, pois, de modo muito simplificado, sua realização plena é o objetivo maior de qualquer comunidade política. As técnicas e tecnologias – e, portanto, os avanços técnicos e tecnológicos – são meros *meios* para se atingirem fins individuais e sociais: do modo de assar um pão até a mais refinada cirurgia cerebral, da forma como um nadador respira entre suas braçadas até a captação de imagens e sons do espaço sideral, tudo o que se quer através do emprego de técnica ou tecnologia é o atingimento de meta diversa. Os direitos fundamentais são *buscados*, as técnicas e tecnologias são *utilizadas* (e estas somente são legítimas se não violam aqueles, em qualquer que seja o contexto de sua aplicação).

Entretanto, os avanços técnicos e tecnológicos fazem parte da inevitável evolução humana e é inegável seu impacto – tanto positivo quanto negativo – nos direitos fundamentais⁷⁶⁴.

⁷⁶⁴ De um lado, como alertam Leenes, Bert-Jaaps e De Hert (na introdução de *Constitutional rights and new technologies*, op. cit., p. 4), as inovações técnico-tecnológicas causam especial impacto na privacidade, na proteção de dados, na inviolabilidade do corpo, na inviolabilidade do domicílio, no segredo das comunicações privadas e até na liberdade de expressão (uma vez que as pessoas são inibidas de se expressar plenamente quando se encontram sob monitoramento). Por outro lado, mesmo na realidade jurídico-criminal, as inovações tecnológicas são, muitas vezes, favoráveis aos direitos humanos, como nas situações em que amenizam procedimentos policiais. Um bom exemplo disso é a substituição, no âmbito das visitas de familiares a detentos, das tradicionais revistas corporais íntimas por submissão dos revistados a *scanners* e detectores de metais. Cf. <http://redejusticacriminal.org/2014/05/02/faq-campanha->

Graças aos avanços técnicos e tecnológicos, a humanidade teve acesso generalizado a alimentos, remédios, maior expectativa de vida, livros, informação qualificada – mas também a armas, munições, poluição ambiental, substâncias entorpecentes etc.

É preciso construir, também no âmbito da investigação criminal, um modelo teórico de convivência entre direitos fundamentais e inovações técnicas e tecnológicas, porque estas são necessárias em investigações complexas, até mesmo para fazer frente à inevitável evolução das práticas criminosas⁷⁶⁵.

6.1. Legalidade penal, legalidade processual penal e analogia

O Direito Penal Material, especialmente quanto à incriminação de condutas e ao estabelecimento de penas, é e deve ser rigorosamente pautado pela legalidade, vale dizer, somente lei, em sentido formal e material – lei prévia, escrita e estrita – pode impor crimes e penas⁷⁶⁶. Isso está positivado, como direito fundamental, no art. 5º, XXXIX, da Constituição da República: “não há crime sem *lei* anterior que o *defina*, nem pena sem prévia cominação *legal*”.

É, aqui, portanto, rejeitada toda e qualquer tentativa judicial de criação ou ampliação penal incriminadora⁷⁶⁷ que não seja rigorosamente autorizada pela estrita

pelo-fim-da-revista-vexatoria/ e <http://redejusticacriminal.org/2014/05/02/15-razoes-para-abolir-a-revista-vexatoria-2/>, ambos os endereços com acesso em 30.05.2014. Mijan Damaska lembra que, em crimes sexuais, como o estupro, não há mais necessidade de se confiar exclusivamente na palavra da vítima, a qual, contemporaneamente, pode primeiro buscar atendimento médico (com a ajuda do qual poderá, também, já colher prova do crime) e só depois se dirigir à polícia; por outro lado, caso a vítima se recuse ao exame de corpo de delito (por trauma, religião ou outro motivo), sua palavra tende a ser desacreditada, o que outrora não ocorreria.. Cf. DAMASKA, Mirjan R. Evidence law adrift. New Haven: Yale University Press, 1997, p. 144.

⁷⁶⁵ LEENES, Ronald. BERT-JAAP, Koops. DE HERT, Paul. Introduction. In: LEENES, Ronald. BERT-JAAP, Koops. DE HERT, Paul. (orgs.). *Constitutional rights and new technologies*. Haia: TMC Asser Press, 2008, p. 1-10.

⁷⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 343-354.

⁷⁶⁷ Discorda-se profundamente, por exemplo, do parecer emitido pelo Procurador-Geral da República no Agravo Regimental no Mandado de Injunção nº 4.733, em trâmite no STF, no qual o *Parquet* sustenta a

interpretação das leis prévias já existentes.

Entretanto, no Direito Criminal *Processual*, ou seja, no Direito *Processual* Penal, a ideia de legalidade prévia é bastante mais complexa, especialmente na seara investigativa.

Uma ilustração dessa complexidade: o inciso XII do art. 5º da Constituição da República de 1988⁷⁶⁸ claramente silencia sobre a comunicação telemática, fenômeno muito popularizado depois da promulgação constitucional, a tal ponto que, atualmente, não se pode pensar no intercâmbio humano sem se cogitar de tal modalidade comunicacional⁷⁶⁹. É extremamente provável que, se o Poder Constituinte Originário pudesse prever a importância social que, anos após, viriam assumir a *internet*, os *e-mails* e as redes sociais, teria dado outra redação ao referido inciso XII do art. 5º – evidência disso é que o Poder Legislativo, em 1996, ao regulamentar o mencionado dispositivo constitucional, através da Lei Federal nº 9296/96, estendeu a possibilidade de interceptação das comunicações telefônicas para a captação dos fluxos informáticos e telemáticos⁷⁷⁰. Tal silêncio constitucional bem ilustra a dinamicidade da vida social em relação ao Direito Processual Penal (especialmente quanto às investigações criminais): a popularização da *internet*, dos *e-mails* e das redes sociais gerou realidade que, em 1988, era completamente imprevisível; colateralmente a essa nova realidade, grupos criminosos passaram a utilizar tal inovação em suas atividades ilícitas; surgiu a necessidade social de interceptação de fluxos informáticos e telemáticos, sem a qual é desproporcionalmente difícil a investigação de esquemas criminosos complexos. E nada impede que, no futuro, surjam novas modalidades de comunicação hoje impensáveis, dando causa a novas necessidades investigativas.

possibilidade jurídica de o Supremo Tribunal Federal, provocado pela impetração de mandado de injunção, estender o tipo penal do art. 20 da Lei Federal nº 7.716/89 (“praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”) à discriminação ou o preconceito contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. Também discordando de tal parecer, v. STRECK, Lenio Luiz et al. *Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>, acesso em 23.08.2014.

⁷⁶⁸ Art. 5º, XII, da CRFB/1988: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

⁷⁶⁹ SIEBER, Ulrich. *Straftaten und Strafverfolgung im Internet*, op. cit., p. 9-10.

⁷⁷⁰ Art. 1º, parágrafo único, da Lei Federal nº 9296/96: “O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.”

Outro exemplo, ainda mais polêmico: o art. 1º, I, da Lei Federal nº 7960/89 dispõe que “caberá prisão temporária quando imprescindível *para as investigações do inquérito policial*”. Diante da tendência jurisprudencial no sentido de se admitirem *procedimentos investigativos ministeriais*⁷⁷¹ (distintos, portanto, dos inquéritos policiais), certamente haverá quem venha a defender a possibilidade, por analogia, de prisão temporária quando imprescindível para investigações instauradas e conduzidas pelo Ministério Público⁷⁷².

Arthur Kaufmann⁷⁷³ demonstra que o raciocínio de interpretação e

⁷⁷¹ No STF: AgR no RHC 122839/SP, Segunda Turma, j. 07.10.2014, DJe 211, pub. 28.10.2014; AgR no RHC 118636/SP, Segunda Turma, j. 26.08.2014, DJe 175, pub. 10.09.2014.

⁷⁷² A prisão temporária é intrinsecamente polêmica. Uma vez que dependente de “fundadas razões de autoria ou participação” do investigado nas graves modalidades criminosas elencadas no art. 1º, III, da Lei Federal nº 7960/89, são poucas as oportunidades em que a prisão temporária faz mais sentido que o oferecimento de denúncia, acompanhado de requerimento de prisão preventiva (além da razoável hipótese do inciso II do referido art. 1º – “quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade” –, pode-se pensar em concursos de pessoas com papéis ainda pouco esclarecidos ou no exemplo de pessoa suspeita de portar drogas em seu estômago, que se recuse ao exame radiográfico ou qualquer outro). Partindo-se do pressuposto legal de que a prisão temporária é por vezes imprescindível, parece digna de debate a analogia, nesse âmbito, entre *inquérito policial* e *procedimento investigativo ministerial*, entre pessoa *indiciada* e *pessoa contra quem o Ministério Público possui fundadas razões de autoria ou participação criminosa*.

⁷⁷³ Em obra inicialmente polêmica e hoje já clássica (*Analogie und “Natur der Sache”* – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus. 2 ed. Heidelberg, Hamburg: R.v. Decker & C.F. Müller, 1982, p. 4-7, 16, 26-27, 30-31, 33, 51-55, 60-69), Arthur Kaufmann, professor titular de Direito Penal e Filosofia Jurídica nas Universidades de Saarbrücken (1960-1969) e Munique (1969-2001) e defensor intransigente do Estado Democrático de Direito, sustenta que toda interpretação e aplicação jurídicas são analógicas, a partir da “natureza da coisa”, enfim, tipológicas: a partir da interpretação de padrões normativos (nunca exaurientes) incidentes sobre determinados fatos da vida (e do refluxo que estes causam naqueles), é estabelecida a resposta jurídica para as mais diversas situações. A analogia não é, para Arthur Kaufman, mera fonte subsidiária, mas método inevitável em todo o pensamento jurídico (o qual não é lógico-formal-substantivo, mas, sim, analógico, através de tipos normativos mais ou menos detalhados, mas nunca exaurientes). Analisando-se com rigor filosófico, o emprego da analogia ocorre até mesmo no Direito Penal material incriminador, edificado sobre a máxima *nullum crimen sine lege* – nas p. 26-28 e 53-54 da obra citada, Kaufmann menciona exemplos de analogia no Direito Penal incriminador, dois dos quais também aplicáveis ao ordenamento penal-material brasileiro: os crimes comissivos por omissão (v.g., equiparar-se ao homicídio ou ao infanticídio a sonegação proposital, pelos pais, de alimentação ao filho de seis meses de idade) e a teoria da determinação judicial eletiva (*Wahlfeststellung*), que permite a condenação por furto de quem certamente cometeu tal crime *ou* receptação da respectiva coisa alheia móvel, sem quem se possa comprovar *qual* das duas modalidades delitivas patrimoniais (igualmente apenadas) teria de fato ocorrido; além desses, há também a chamada “interpretação analógica”, pela qual o legislador penal dá exemplos de algo punível e expressamente prevê a punibilidade de “outros fatos semelhantes”. A tradicional distinção entre “interpretação incriminadora” (permitida) e “analogia incriminadora” (supostamente ilícita) é, segundo Kaufmann, pouco filosoficamente rigorosa: quando se permite a interpretação incriminadora “até o sentido possível das palavras legais”, está-se, precisamente, no âmago da analogia, porque esse “sentido possível” não é unívoco nem equívoco, mas, sim, decorrente de processo mental analógico. Não há, para o autor, um sentido unívoco para cada disposição jurídica escrita, porque só os conceitos desprovidos de sentido podem ser unívocos (o que, rigorosamente, só ocorre com os conceitos numéricos, como “*dezoito* anos”). Diz Kaufmann: “Quando a um conceito é

aplicação do Direito não é matematicamente dedutivo (salvo raros casos numéricos, como prazos judiciais e idades legais), mas inevitavelmente extensivo – e isso, filosoficamente, vale até para as normas penais incriminadoras. Feita essa ressalva, é possível se afirmar que o tipo penal incriminador está entre as classes de normas mais completas dos ordenamentos de *civil law*, uma vez que possui grau máximo de previsão da própria hipótese de incidência. Tal característica só é possível porque o tipo penal incriminador destina-se *prioritariamente à verificação do passado*, ou seja, a saber se a conduta

atribuído um sentido, deixa ele de ser unívoco e passa a ser analógico.” O que se busca, ao se “proibir a analogia penal incriminadora” é, com efeito, o estabelecimento de limites razoavelmente seguros contra a perversão de conceitos ou à extensão exagerada de hipóteses legais incriminadoras, em prejuízo da função garantística, mas tais limites operam no interior do processo mental analógico. Sendo a linguagem (especialmente a escrita) incapaz de descrever o mais simples dos fatos com exatidão e esgotamento de detalhes, o raciocínio de interpretação e aplicação do Direito é, inescapavelmente, analógico. O tabu contra a “analogia incriminadora” (primeiro óbice mental entre os estudiosos), apesar de filosoficamente impreciso, tem sua origem na forte repulsa causada pela lembrança, na Alemanha, das aberrações tirânicas operadas pelo regime nazista, que se autolegitimou à “analogia incriminadora”, por emenda ao art. 2º do *Strafgesetzbuch* (emenda posteriormente revertida em janeiro de 1946). Mas o abuso então praticado não pode tornar eternamente opaca a compreensão de tal fenômeno jurídico. Segundo Kaufmann, “já é tempo de nós, penalistas, abandonarmos essa viela sem saída.” O segundo óbice mental entre os estudiosos é o apego ao positivismo legal: em prol do adequado funcionamento do Estado de Direito, ao Estado-Juiz não seria permitida atividade criadora (especialmente no âmbito penal incriminador). É claro que a máxima *nullum crimen sine lege* tem sua razão de ser, mas o tabu contra a “analogia incriminadora” precisa ser, do ponto de vista filosófico, melhor analisado. Desde a tradição kantiana, conceitos sem tipos são vazios, e tipos sem conceitos são cegos. Uma conceitualização legislativa total é impossível, mesmo no estrito âmbito das normas penais incriminadoras: a equiparação de ácido ou de pistola de brinquedo a uma autêntica arma, ensejadora de causa de aumento de pena no roubo (art. 157, § 2º, I, do CP – citar jurisprudência) não é vinculada ao conceito de arma, mas ao tipo de risco penalmente proibido. A máxima *nullum crimen sine lege* não significa proibição da analogia no Direito Penal incriminador (proibição, aliás, preconizada pela doutrina, não por diplomas legislativos). Tal proibição de analogia somente seria possível se o delito (ou qualquer fato real) pudesse ser minuciosa e excludentemente definido (algo impossível). O *nullum crimen sine lege*, no Direito Penal incriminador, significa a necessidade de lei formal e razoavelmente descritiva de conduta considerada digna de tutela jurídico-penal. Tal máxima veda a perversão de conceitos legais ou a abrangência, pelo Direito Penal incriminador, de vazios legislativos distantes da finalidade típico-penal. Mas não veda, por exemplo, os evidentes raciocínios analógicos que permitem, por exemplo, a punição dos crimes comissivos por omissão (v.g., equiparar-se ao homicídio ou ao infanticídio a sonegação proposital, pelos pais, de alimentação ao filho de seis meses de idade) e a teoria da determinação judicial eletiva (*Wahlfeststellung*, que permite a condenação por furto de quem certamente cometeu tal crime ou receptação da respectiva coisa alheia móvel, sem quem se possa comprovar qual das duas modalidades delitivas patrimoniais – igualmente apenadas – teria de fato ocorrido). Para fins incriminadores, é filosoficamente possível (e até rotineiro) que o jurista estenda um comando normativo para *i*) situação análoga muito provavelmente desejada pelo legislador, mas não explicitamente contemplada (em sentido lógico-formal) pela má redação legislativa (é o que ocorre, p.e., na punição dos crimes comissivos por omissão) ou *ii*) situação análoga provavelmente não pensada pelo legislador, a qual, acaso o tivesse sido, tendencialmente teria sido incluída no comando normativo que se lhe deseja estender (p.e. lesão corporal mediante técnica inexistente no início da vigência legal, ou contra elemento corporal macro ou microscópico desconhecido pelo legislador originário). Mas Kaufmann deixa claro: não é admissível a distorção semântica ou gramatical dos textos legais, tampouco a assunção, pelo jurista, de comando incriminador que o legislador certamente não desejou ou duvidosamente tenha desejado. Por isso, também com base em Arthur Kaufmann, discorda-se profundamente do referido parecer ministerial no Agravo Regimental no Mandado de Injunção nº 4.733, em trâmite no STF, no qual o Procurador-Geral da República sustenta a possibilidade jurídica de o Supremo Tribunal Federal, provocado pela impetração de mandado de

supostamente criminosa x preenche a hipótese de incidência incriminadora X' . Os tipos processuais também se voltam para o passado (para o controle imediato ou recursal dos respectivos atos processuais), mas, *prioritariamente, têm sua finalidade no futuro*, ou seja, dão norte aos sujeitos processuais sobre como se devem portar para que suas condutas possam gerar os efeitos que lhes inspiraram a criação. Se os tipos materiais são marcadamente *estáticos*, os tipos processuais são necessariamente *dinâmicos*. Provavelmente por isso, o art. 3º do CPP brasileiro⁷⁷⁴, assim como o art. 4º do CPP português⁷⁷⁵, expressamente permite interpretação extensiva e aplicação analógica no âmbito *processual* penal. A vagariedade da produção legislativa é inevitavelmente contrastante com as frequentes alterações da vida em sociedade, de modo que as normas processuais, que deveriam ser especialmente dinâmicas, muitas vezes se demonstram inadequadas para reger fenômenos sociais relevantes – surge excepcionalmente daí a necessidade de o Direito Processual se valer de mecanismos integradores *praeter legem*, como a analogia e a construção, fundamentada e sob contraditório, de soluções judiciais amoldadas às especificidades de cada caso⁷⁷⁶.

Dentre os tipos processuais mais dinâmicos e prioritariamente voltados para suas consequências futuras, estão os regulamentadores de medidas investigativas criminais⁷⁷⁷ – afinal, a investigação criminal só existe em função de fatos futuramente

injunção, estender o tipo penal do art. 20 da Lei Federal nº 7.716/89 à discriminação ou o preconceito contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais.

⁷⁷⁴ Art. 3º do CPP brasileiro: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.”

⁷⁷⁵ CPP português, art. 4º: “Integração de lacunas. Nos casos omissos, quando as disposições deste Código não puderem aplicar-se por analogia, observam-se as normas do processo civil que se harmonizem com o processo penal e, na falta delas, aplicam-se os princípios gerais do processo penal.” Cf. SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. v. I. 5 ed. Lisboa: Verbo, 2008, p. 103-104.

⁷⁷⁶ V. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*, op. cit., p. 67-75 e 349. Em relação com o tema da analogia e da interpretação extensiva no Direito Probatório, v. GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antonio. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 164: “o elenco do CPP não esgota todas as provas possíveis; qualquer outra será admitida desde que não vedada pelo ordenamento jurídico”.

⁷⁷⁷ Ulrich Sieber (*Straftaten und Strafverfolgung im Internet*, op. cit., p. 122-125) cita o exemplo da busca e apreensão de dados eletrônicos como exemplo de medida especialmente dinâmica e ágil, uma vez se refere a objetos investigativos especialmente voláteis. O mesmo autor, em outra obra (*Instruments of international law: against terrorist use of the internet*, op. cit., p. 205-207), ressalta que as ferramentas informáticas, o ambiente eletrônico-virtual e os mecanismos de investigação no âmbito da informática se modificam especialmente rápido, de modo que quaisquer normas expedidas sobre o tema rapidamente se tornam obsoletas e geram a necessidade de novas produções legislativas, especialmente no âmbito dos crimes cibernéticos, da macro-criminalidade econômica, do terrorismo e, enfim, do crime organizado em sentido amplo. Os entes legislativos precisam ser especialmente dinâmicos, o que raramente ocorre, mesmo em países com parlamento considerado ágil, como o alemão (no Brasil, onde considerável número de parlamentares responde no Supremo Tribunal Federal por alegado envolvimento com esquemas

vislumbrados (a formação da *opinio delicti*, eventual instrução processual etc.). Por isso, ressalvadas hipóteses muito simples (como determinados prazos e horários), é razoável não se exigir tipicidade cerrada, aos moldes do Direito Penal Material, para medidas investigativas criminais, especialmente as mais inovadoras. No já velho CPP brasileiro, o art. 6º, III, dá expressa atribuição à autoridade policial para, logo que tiver conhecimento de aparente infração penal, “colher *todas* as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias”.

Por outro lado, a aplicação plena da interpretação extensiva e da aplicação analógica no processo penal brasileiro pode dar ensejo a abusos e desproporcionalidades. Gustavo Badaró⁷⁷⁸ aponta que o espectro da extensão e da analogia, em nosso processo penal, vai desde a (inofensiva) referência a “técnica *similar*”, no § 1º do art. 405 do CPP⁷⁷⁹, até a possibilidade (intolerável) de criação extralegal de graves restrições à liberdade pessoal do imputado ou a seus direitos defensivos.

Há que se encontrar ponto de equilíbrio para o emprego da interpretação extensiva e da aplicação analógica no âmbito dos meios de investigação criminal, que não lhes tire a necessária dinamicidade, mas que tampouco abra espaço para o descontrole do Estado-Persecutor.

6.2. Legalidade e tipificação processual progressiva

Outro ponto decorrente da dinamicidade das medidas investigativas criminais, especialmente as mais inovadoras: elas precisam de alguma experimentação prática para serem adequadamente regulamentadas. Especialmente no Brasil, o tratamento jurídico da evolução técnico-tecnológica da prova em sentido amplo (considerando-se os

ilícitos, a classe política tende a demonstrar menor interesse no aparelhamento do Estado para a repressão ao crime organizado em sentido amplo).

⁷⁷⁸ V. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, op. cit., 64-67.

⁷⁷⁹ CPP, art. 405, § 1º: “Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital *ou técnica similar*, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações” (grifou-se aqui).

meios de investigação entre os instrumentos jurídicos mais dinâmicos) tende a seguir o roteiro *invenção, experimentação prática, eventual descarte, primeiros problemas jurídicos, previsão legal sem maior aprofundamento regulatório* (ou eventual descarte), *nova experimentação prática, novos problemas jurídicos, previsão legal com maior aprofundamento regulatório* (momento em que já não se tem mais uma inovação, porque o instrumento já se encontra consolidado na realidade jurídica ou já foi ou vem a ser descartado, por obsolescência).

Recorde-se o exemplo do *acesso a registros de ligações telemáticas*: nas primeiras vezes em que foi requerido em juízo e deferido, no início dos anos 2000⁷⁸⁰, tratava-se de inovação investigativa inominada, autorizada por analogia com o já conhecido acesso a registros de ligações telefônicas; quando de sua instituição pelo inciso IV do art. 3º da Lei Federal nº 12850/2013, não lhe foi estabelecido qualquer procedimento jurídico, o qual veio a ser resumidamente regulamentado quase um ano após, pelos arts. 22 e 23 da Lei Federal nº 12965/2014⁷⁸¹; essa regulamentação inicial dá, por exemplo, expressa margem de apreciação ao juiz competente para a correta implementação da medida; é razoável supor que, em algum momento futuro, a realidade jurídica cobrará do legislador normas menos abertas sobre o acesso a informações telemáticas (e a experimentação com a medida possibilitará o detalhamento legislativo-procedimental).

A evolução legislativa temperada pela experimentação prática também ocorreu com o *acesso a informações financeiras, bancárias e eleitorais*: durante alguns anos, já na ordem constitucional de 1988, tratava-se de meio investigativo inominado e completamente inovador, autorizado por interpretação extensiva do modelo *civil* de

⁷⁸⁰ No STF: HC 84388/SP, j. 26.10.2004, pub. DJ 19.05.2006, p. 42, Ement. v. 2233-01, p. 33; HC 84224/SP, j. 13.12.2005, divulgado no Informativo STF nº 413.

⁷⁸¹ Arts. 22 e 23 da Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que “estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”: “Da Requisição Judicial de Registros. Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet. Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade: I – fundados indícios da ocorrência do ilícito; II – justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e III – período ao qual se referem os registros. Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.”

regulamentação das atividades financeiras e eleitorais⁷⁸²; anos depois, foi meramente nominado pelo art. 2º, III, da Lei Federal nº 9034/95, sem nenhuma disciplina procedimental; mais de uma década após, os arts. 15 a 17 da Lei Federal nº 12850/2013 lhe deram regulamentação.

Sobre a *ação controlada*, a Lei Federal nº 9034/95, no inciso II de seu art. 2º, apenas dispunha que “consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações”. Tempos depois, a Lei Federal nº 11343/2006, art. 53, inciso II e parágrafo único, ao disciplinar a investigação de crimes relativos a drogas ilícitas, estabeleceu medida análoga (*entrega controlada*), através da qual, “em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, (...) a não atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível”; a autorização judicial, nesse caso, “será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores”⁷⁸³. Por fim, bem mais detalhada, a Lei Federal nº 12850/2013 dedica dois extensos artigos (8º e 9º) à

⁷⁸² STF. Autorização judicial para acesso a informações bancárias e financeiras (medida então completamente atípica): AgR no Inq 897, Tribunal Pleno, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 23.11.1994, pub. DJ 24.03.1995, p. 6806, Ement. v. 1780-01, p. 171; QO na Pet 577, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25.03.1992, pub. 23.04.1993, p. 6918, Ement. v. 1700-01, p. 12, RTJ v. 148-02, p. 366. Autorização judicial para acesso a informações eleitorais (medida então completamente atípica): MC no HC 73424/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 07.12.1995, pub. DJ 14.12.95, p. 43747; MC na Rcl 555/PB, j. 24.08.1995, pub. 29.08.95, p. 26879.

⁷⁸³ A medida consiste em a polícia investigativa, sob autorização judicial prévia e minimamente detalhada, vigiar e monitorar, a distância segura, prováveis *soldados rasos* de grupos criminosos (no caso da Lei Federal nº 11.343/2006, portadores de drogas ou produtos ilícitos congêneres), com a finalidade de, deixando-os agir com certa liberdade, identificar e responsabilizar maior número de integrantes (podendo ser alcançados, desejosamente, comparsas de maior *hierarquia* na organização). Antonio Scarance Fernandes aponta três possibilidades de atuação policial: a interrupção na entrega da coisa monitorada (interdição); a substituição dos objetos ilícitos transportados, sem que o transportador o perceba (substituição); ou a mera observação secreta da movimentação do investigado, para se compreender suas rotas, contatos, endereços frequentados etc. (acompanhamento). Cf. SCARANCE FERNANDES, Antonio. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de. MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). Crime organizado – aspectos processuais. São Paulo: RT, 2009, p. 16.

ação controlada, estabelecendo-lhe, além de conceito legal, mecanismos de controle, operacionalização do sigilo, atuação, redução de riscos e cooperação interinstitucional.

A *infiltração de agentes* já foi objeto de quatro sucessivos diplomas normativos. A Lei Federal nº 9034/95, no inciso I de seu art. 2º, apenas dispunha que seria o ingresso de “agentes de polícia especializada em quadrilhas ou bandos, vedada qualquer coparticipação delituosa, exceção feita ao disposto no art. 288 do Código Penal, de cuja ação se preexclui, no caso, a antijuridicidade”. Tal dispositivo foi vetado, especialmente pela laconicidade da previsão, à época inovadora (entre outras ausências, não se exigia autorização judicial para a implementação da medida)⁷⁸⁴. Posteriormente, a Lei Federal nº 10217/2001 incluiu no art. 2º da ainda vigente Lei Federal nº 9034/95 um inciso V (que previa a “infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial”) e um parágrafo único (“A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração.”). Em terceiro momento, o art. 53, I, da Lei Federal nº 11343/2006, ao dispor a investigação de crimes relativos a drogas ilícitas, dispôs que, “em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, (...) a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes”. Nesse meio-tempo, a jurisprudência foi gradativamente construindo critérios de controle, os quais certamente ajudaram o amadurecimento legislativo da medida⁷⁸⁵. Finalmente, a Lei Federal nº 12850/2013, nos arts. 10 a 14, regulamentou pormenorizadamente tal meio de obtenção de prova, estabelecendo competências, atribuições, mecanismos de controle, operacionalização do sigilo, atuação, redução de riscos e proteção dos envolvidos.

⁷⁸⁴ V. Mensagem Presidencial de Veto nº 483/95, disponível no endereço eletrônico http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-9034-1995.pdf.

⁷⁸⁵ V., p.e., TRF2, 1ª Turma, Apelação criminal 2000.51.01.500001-0/RJ, Rel. Des. Fed. Abel Gomes, j. 19.08.2009, também no TRF2, 3ª Turma, HC 2004.02.01.012468-9, Rel. Des. Fed. Tainia Heine, j. 14.12.2004. Nesses acórdãos, são construídos requisitos jurisprudenciais *praeter legem* para a infiltração de agentes, destinados ao controle e à operacionalização da medida.

Em todos esses casos, e em vários outros⁷⁸⁶, só a vivência jurídica permitiu que medidas investigativas desejadas pela Política Criminal democraticamente estabelecida pudessem, sob uma perspectiva, explorar suas potencialidades de reconstrução fática e, sob outra perspectiva, gerar doutrina e jurisprudência aptas a lhes controlar os abusos e desproporcionalidades, as quais, por fim, ensejaram a progressiva regulamentação procedimental-legislativa de cada uma daquelas medidas.

Pode-se concluir que, especialmente no Brasil, a disciplina legislativa sobre medidas investigativas inovadoras tem sido *incremental*⁷⁸⁷.

Em regra, a inovação investigativa surge primeiro na prática persecutória policial ou ministerial, a partir da evolução criativa de técnicas já conhecidas ou mediante a utilização de nova tecnologia.

Em segundo momento, caso tal inovação ainda se demonstre promissora⁷⁸⁸ e se popularize entre os órgãos persecutores, tende ela a ser ponto das aulas práticas ministradas nas escolas e academias de iniciação e reciclagem persecutória, matéria de revistas especializadas em Criminalística e prática investigativa, e objeto de regulamentação administrativa, geralmente por órgãos de natureza correicional.

⁷⁸⁶ Um exemplo desse caminho tortuoso nos *meios de prova*: o interrogatório por videoconferência, inicialmente previsto por (inconstitucionais) legislações estaduais e, posteriormente, instituído e regulamentado por lei federal. A delação premiada e a proteção de testemunhas (inclusive o próprio delator) são exemplos de evolução legislativa após alguma experiência prática com os institutos, que nasceram completamente inovadores, depois foram meramente nominados, depois ganharam alguma regulamentação e, hoje, detêm disciplina legal um pouco mais detalhada (mas ainda carente de maior minúcia). V. TRF-2, 1ª Turma, Apelação criminal 2000.51.01.500001-0/RJ, Relator Desembargador Federal Abel Gomes, j. 19.08.2009: requisitos jurisprudenciais para a infiltração de agentes; possibilidade de notícia-crime anônima e colaboração de informante. V. tb. TRF-2, 3ª Turma, HC 2004.02.01.012468-9, rel. Des. Tainia Heine, j. 14.12.2004.

⁷⁸⁷ A ideia de desenvolvimento legislativo *incremental* deve conter a vedação de retrocessos na tipificação processual. Um exemplo: a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, medida atípica prevista no art. 3º, II, da Lei Federal nº 12850/2013, não pressupõe, explicitamente, autorização judicial. Entretanto, considerando-se que a medida congênere, prevista no art. 2º, IV, da revogada Lei Federal nº 9034/95, exigia “circunstanciada autorização judicial”, seria irrazoável retrocesso interpretar-se o vácuo procedimental do novo dispositivo como dispensador da reserva de jurisdição.

⁷⁸⁸ Há lampejos criativos policiais ou ministeriais de vida muito curta, uma vez que, vindo a se tornarem conhecidos entre os criminosos profissionais, passam a ser cuidadosamente prevenidos por estes.

Em terceiro momento, surge doutrina jurídica sobre tal novidade – a qual, a essa altura, nem é mais tão recente para a Criminalística (entendida como Ciência Investigativo-Criminal, de natureza empírica).

Em quarto momento, observam-se os primeiros pronunciamentos da cúpula judicial quanto ao tema.

É somente em uma quinta etapa lógica que se pode razoavelmente cogitar de disciplina legislativa sobre aquela específica inovação investigativa. E, ainda assim, tal disciplina geralmente nasce sob a forma de mera nomeação legal da medida e, com o tempo e a experimentação empírico-investigativa e jurisprudencial, vai ganhando densidade, sob a forma inicial de linhas-mestras, até que sejam editadas normas procedimentais detalhadas sobre tal meio investigativo, o qual, essa altura, já deixou, há muito, de ser novidade⁷⁸⁹.

O Direito brasileiro poderia ter adotado (e não o fez) o caminho da vedação absoluta de meios investigativos inovadores, até que cada um desses fosse detalhadamente regulamentado. Tal opção, entretanto, poderia ter gerado imobilismo estatal diante de esquemas criminosos complexos, uma vez que o legislador brasileiro, apesar de perigosamente ágil na criação de tipos penais materiais⁷⁹⁰, tem se demonstrado especialmente moroso na regulamentação de tipos processuais⁷⁹¹.

⁷⁸⁹ Cf. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Provas no processo penal* – estudo sobre a valoração das provas penais. São Paulo: Atlas, 2010, p. 98-99. O autor menciona exemplo de evolução, da atipicidade para a tipicidade parcial: o recentemente reformado parágrafo único art. 497 do CPP, sobre o procedimento do tribunal do júri (“Art. 497. Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte. Parágrafo único. Compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados.”). Segundo Mendroni, a exibição, aos jurados, “de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado” seria demonstração da evolução da tipicidade processual: um meio de prova que existiu, por décadas, completamente inominado (mas sempre validado pela jurisprudência), agora passa a ser nominado (embora sem qualquer detalhamento procedimental). Acrescenta-se aqui: com a prática (e o surgimento de doutrina e jurisprudência), é provável que o Poder Legislativo providencie, conforme a necessidade, crescente disciplina legal para tais exibições probatórias (um problema que já se pode vislumbrar é a utilização, por ambas as partes, de animações gráfico-computacionais, que podem gerar ilegítimas persuasões nos jurados, com base em versões distorcidas do fato sob julgamento).

⁷⁹⁰ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2011, p. 155-163.

⁷⁹¹ A ideia de “país em desenvolvimento” abarca também o desenvolvimento institucional. Ninguém duvida de que a legislação brasileira – especialmente no âmbito criminal – perde em originalidade em relação aos

Por outro lado, é irrazoável a tolerância *eternizada* de juízes e tribunais com a falta de regulamentação legislativa quanto a meios de investigação já há bastante tempo existentes⁷⁹². A polêmica realidade hoje verificada é: demonstrando-se a provável ocorrência de crime grave e a disponibilidade única, para elucidá-lo, de técnica ou tecnologia não legalmente regulada, muito dificilmente os juízes e tribunais indeferirão sua utilização, mesmo que o vácuo legislativo subsista por anos a fio. A teoria jurídica aqui sustentada é no sentido da *limitação temporal e material das inovações investigativas*.

Antes de propor tal limitação, é preciso estabelecer o espectro das inovações investigativas criminais juridicamente válidas. Esse é o tema do próximo subitem.

6.3. O objeto jurídico da inovação investigativa criminal

Uma teoria jurídica da inovação investigativa criminal deve voltar sua atenção especialmente para os respectivos *meios de investigação*: as fontes e elementos probatórios são consequências do emprego daqueles; e os aperfeiçoamentos estruturais ou de outra ordem, no âmbito das investigações criminais, inevitavelmente visam à potencialização dos meios investigativos, ou seja, ao aumento de sua capacidade reconstrutiva.

sistemas congêneres de *civil law*: basta a comparação cronológica entre o surgimento, na Europa Ocidental e no Brasil, de institutos como a investigação pela defesa, a interceptação telefônica, a delação premiada e tantos outros. Também é pouco polêmico que as leis brasileiras – especialmente no âmbito criminal – possuem menos detalhamento que as congêneres dos países europeus considerados mais desenvolvidos: comparem-se, para isso, a densidade normativa dos códigos de processo penal vigentes no Brasil, na França e na Alemanha. Vale dizer: o processo evolutivo, no Brasil, do direito fundamental à segurança pública (inserindo-se nesta a repressão ao crime) exige que não sejam desconsideradas as deficiências político-legislativas inerentes a um “país em desenvolvimento” (evidenciadas, p.e., nos comprovados envolvimento de parlamentares federais e Ministros de Estado em grandes esquemas criminosos). Obviamente não se quer simplesmente justificar a violação à legalidade processual penal a partir das fragilidades institucionais brasileiras. Mas a consideração dessas fragilidades, como um dos vários itens a serem sopesados, deve integrar o juízo (inicial ou, principalmente, recursal) sobre intervenção investigativa em direito fundamental (supondo-se, necessariamente, que tenham sido respeitados os requisitos de justificação constitucional, judicialidade, motivação, adequação e necessidade).

⁷⁹² Como é o caso da fotografia (invenção já antiga da humanidade) e o indesculpável atraso legislativo quanto à regulamentação do reconhecimento fotográfico.

Do ponto de vista do Direito Processual Penal, a inovação investigativa se manifesta *i*) na interpretação complementar (*praeter legem*) das normas jurídicas sobre meios investigativos instituídos sob insuficiência congênita de regulamentação e *ii*) no exame jurídico de meios investigativos *inovadores*. Em ambas as hipóteses, discutem-se as perspectivas e os limites da interpretação extensiva e da aplicação analógica (art. 3º do CPP) no campo dos meios de investigação criminal.

Nos subitens imediatamente anteriores se discorreu a respeito da interpretação complementar (*praeter legem*) das normas jurídicas sobre o *acesso a registros de ligações telemáticas*, o *acesso a informações financeiras e eleitorais*, a *ação controlada* e a *infiltração de agentes*. Todos esses meios de investigação criminal tiveram suas primeiras aplicações práticas (consideradas válidas) quando eram meramente nominados pela lei (ou nem isso). Em tal contexto, as autorizações judiciais que as validaram foram baseadas na ponderação de suas potencialidades reconstrutivas, dos direitos fundamentais afetados e das normas já existentes sobre o tema e sobre temas análogos.

Nas duas últimas décadas, com o desenvolvimento vertiginoso dos meios de comunicação, o monitoramento de fluxos comunicativos criminosos recebeu autorizações judiciais para situações claramente não imaginadas pelo legislador: dos telefonemas para os *e-mails*; dos *e-mails* para os *short message services (SMS)*; dos *SMS* para os programas de transmissão áudio-visual (p.e., *Skype*, *FaceTime* etc.); desses, para aplicativos variados (p.e., *WhatsApp*)⁷⁹³.

E, como nada parece frear a evolução das práticas criminosas, novas necessidades investigativas (e as correspondentes soluções técnico-tecnológicas) provavelmente surgirão: para a descoberta do cativo de vítima sequestrada, pode vir a

⁷⁹³ Os arts. 22 e 23 da Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014, dispõem sobre o acesso aos registros telemáticos, sem nenhuma disposição sobre o monitoramento, *em tempo real*, das comunicações telemáticas, o qual poderá se demonstrar imprescindível em determinados casos.

ser factível o uso de medidor de calor⁷⁹⁴ ou de pequenos aeromodelos não tripulados⁷⁹⁵ (sob regência analógica do procedimento para a busca e apreensão domiciliares); para a elucidação de quadrilha especializada em furtos mediante a manipulação eletrônica de contas bancárias, pode vir a ser viável o monitoramento instantâneo de determinados fluxos monetários (sob regência analógica dos procedimentos para o afastamento dos sigilos bancário e telefônico). Suponha-se que a ciência veterinária desenvolva, com grande base empírica e aceitação pela comunidade científica, determinado exame em animais de estimação que digam respeito a certa característica ou fato de seu dono (p.e., tabagismo, drogadição etc.), investigado sobre questão criminal (p.e., exame da dosagem de certo elemento químico nos peixes de aquário doméstico ou nas unhas ou pelagem de cão de guarda); tal medida poderia ser cogitada, com fundamento analógico nos dispositivos já existentes sobre busca e apreensão e perícias⁷⁹⁶.

Imagina-se, também, que, em futuro não muito distante, seja cogitada a utilização investigativa de instrumentos de *inteligência ambiental* e *domótica*, a qual provavelmente será introduzida por analogia com as buscas domiciliares e com o acesso geral a dados particulares. Tem-se denominado inteligência ambiental os sistemas integrados de computadores (com ou sem fio), sensores biométricos e máquinas proativas, os quais tendem a facilitar tarefas domésticas cotidianas, acompanhamento à distância de crianças, alimentação de animais etc. Especificamente quanto à administração domiciliar, tem sido usado o termo *domótica*, resultante da aglutinação da palavra latina *domus* (casa) com *robótica* (relativo ao controle à distância e à automação de tarefas outrora exclusivamente humanas); pretende-se automatizar, harmonicamente, tarefas como iluminação, limpeza, climatização, sonorização, segurança e abastecimento domésticos. Uma vez que o controle disso tudo deverá ocorrer através de computadores administrados por empresas prestadoras de serviços (cujas informações tenderão a ser acessíveis ao

⁷⁹⁴ Tal tecnologia já é disponível, há quase duas décadas, na prática investigativa estadunidense, e foi declarada admissível, sem necessidade de lei regulamentadora prévia, pela *U.S. Supreme Court*, desde que seu emprego, em analogia com as buscas domiciliares, seja precedido de autorização judicial. Referência jurisprudencial: *Kyllo versus United States*, 533 U.S. 27 (2001). V. CAMMACK, Mark E. *The United States: the rise and fall of the constitutional exclusionary rule*, op. cit., p. 5-8.

⁷⁹⁵ É provável o crescente emprego dos denominados *drones* na atividade policial preventiva e repressiva.

⁷⁹⁶ Avançando no exercício de imaginação, se o exame envolvesse sério risco à vida ou à saúde de animal de estimação, o mandamento de proporcionalidade tenderia a impedir a medida. A ponderação judicial em caso semelhante consideraria, por exemplo, os diferentes graus de afeição dirigidos a um cão-guia para deficientes visuais, a um cão terapêutico para criança doente, a um costumeiro cachorro de estimação e a um cão de guarda do pátio de estabelecimento comercial.

Estado-Persecutor, mediante autorização judicial), a inviolabilidade domiciliar tende a se manter no centro dos debates em Direito Processual Penal⁷⁹⁷.

Todas essas hipóteses vislumbram inovações investigativas *legalmente inominadas e desprovidas de regulamentação*. Também nesse contexto, suas eventuais validações judiciais necessitarão ponderar as potencialidades reconstrutivas de cada veículo investigativo cogitado, os direitos fundamentais comprimidos e as normas já existentes sobre temas análogos.

Ressalte-se que, na seara dos meios investigativos criminais, *inovação* não é, de modo algum, sinônimo de *irritualidade*, nem de *extralegalidade*; tampouco é equivalente perfeito de *atipicidade*.

Se houver normas procedimentais sobre determinado meio de investigação, nenhuma delas poderá ser descumprida ou burlada, sob pena de inaceitável *irritualidade*. Meios investigativos *contra legem* são simplesmente inadmissíveis, inutilizáveis e contaminadores – não podem ser admitidos; se admitidos, não podem ser judicialmente valorados; e, se valorados, viciam gravemente o respectivo ato judicial. Bom exemplo disso ocorreu na primeira década de vigência da Constituição da República de 1988, quanto às interceptações telefônicas. O inciso XII do art. 5º da CR estabeleceu a necessidade de lei especificamente processual penal como condição para a implementação judicial de interceptações telefônicas; com isso, o Supremo Tribunal Federal passou a, corretamente, entender que, na nova ordem constitucional, não mais seriam admissíveis interceptações telefônicas apenas fundamentadas no (hoje quase integralmente revogado) Código Brasileiro de Telecomunicações⁷⁹⁸, diploma de natureza jurídico-administrativa e atribuidor de poder judicial genérico e não procedimentalizado

⁷⁹⁷ LEENES, Ronald. KOOPS, Bert-Jaap. DE HERT, Paul. Conclusions and recommendations. In: LEENES, Ronald. KOOPS, Bert-Jaap. DE HERT, Paul. (orgs.). *Constitutional rights and new technologies*, op. cit., p. 270 e 274-275. “No longo prazo, a ideia de casa deverá ser adaptada para denotar, em vez de uma construção de tijolos e argamassa, a esfera personalizada em volta de um indivíduo” (o que já se encontra em mudança, por conta, p.e., dos trailers e *motor-homes*). Isso certamente modificará a compreensão jurídica das buscas e apreensões domiciliares.

⁷⁹⁸ Lei Federal nº 4117/62, art. 57, II, “e”: “Não constitui violação de telecomunicação... o conhecimento dado... ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.” Anos após a polêmica narrada, esse diploma foi quase integralmente revogado pelo art. 215, I, da Lei Federal nº 9472/97 (“ficam revogados a Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, salvo quanto a matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão...”).

quanto às referidas interceptações⁷⁹⁹.

Só há inovação investigativa tolerável, quando muito, nos limites da interpretação extensiva e da aplicação analógica (art. 3º do CPP). Por isso, não devem ser admitidos meios de investigação criminal *extra legem*, ou seja, completamente desconectados da lei, desprovidos de suficientes pontos de extensão ou analogia com outros já satisfatoriamente regulamentados⁸⁰⁰.

Sobre a relação entre atipicidade e inovação investigativa, pode-se dizer que todos as inovações investigativas são total ou parcialmente atípicas (pois recebem nenhuma ou insuficiente regulamentação procedimental), mas nem todos os meios investigativos atípicos representam inovações: os meios de investigação *meramente costumeiros*, sobre os quais já se discorreu⁸⁰¹, embora atípicos, não representam inovação – até porque costume e inovação se antagonizam.

6.4. A excepcionalidade e a provisoriedade da inovação investigativa criminal

Todos os meios de investigação criminal causam algum desconforto ou compressão em direito fundamental de terceiro. No mínimo, alguém é colocado, às vezes sem saber, na incômoda situação de estar sendo vigiado, por causa de más suspeitas. Ou se vê, por exemplo, compelido a, na qualidade de possível testemunha, a prestar informações não necessariamente agradáveis à polícia sobre outra pessoa, às vezes conhecida ou até amiga. Em muitos casos, pontos sensíveis da privacidade ou da intangibilidade pessoal são comprimidos.

⁷⁹⁹ V. STF, HC 72588/PB, julgado em 12.06.1996 (Tribunal Pleno), publicado no DJ de 04.08.2000, p. 3; e HC 81154/SP, julgado em 02.10.2001 (Segunda Turma), publicado no DJ de 19.12.2001, p. 4.

⁸⁰⁰ Com isso, pode-se dizer que os meios de investigação ilegais são os irrituais, os anômalos e os inovadores *contra legem* ou *extra legem*.

⁸⁰¹ V. Capítulo 4.

Por isso, o Direito Criminal brasileiro, lido à luz da Constituição da República, demonstra clara preferência por meios de investigação com níveis ótimos de controle e previsibilidade, ou seja, legalmente previstos, satisfatoriamente tipificados em seus procedimentos jurídicos, bem experimentados pela prática investigativa e suficientemente contrastados pela doutrina e pela jurisprudência. Todos os meios de obtenção probatória que se afastem dessas características estão abaixo do ideal, e o déficit é tanto maior quanto mais afetados os direitos fundamentais em jogo.

Entretanto, os arts. 3º e 6º, III, do CPP admitem interpretação extensiva e aplicação analógica para que a atividade investigativa criminal possa, obedecido o critério da proporcionalidade, colher todas as provas que servirem para o esclarecimento da suposta infração penal e de suas circunstâncias. Com isso, são admitidos meios de obtenção de prova meramente costumeiros (p.e., vigilâncias e averiguações *in loco*) e se abre espaço para a inovação investigativa, manifestada pelos meios com insuficiência congênita de regulamentação (p.e., infiltração de agentes, entre 1995 e 2013) e também pelos meios inovadores, análogos a outros já existentes (p.e., monitoramentos, em tempo real, de *short message services*, programas de transmissão áudio-visual e aplicativos variados)⁸⁰².

Por outro lado, com o passar do tempo, o destino de qualquer inovação investigativa é, alternativamente, *i*) ser rejeitada, por fundamento jurídico (p.e., abusividade ou desproporcionalidade) ou por fundamento técnico (p.e., perda de originalidade ou *efeito-surpresa*); ou *ii*) ser transformada em meio de investigação típico

⁸⁰² Caso interessante ocorreu, perante o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Inquérito STF 2424 (Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 26.11.2008, DJe 55, p. 26.03.2010, Ement. v. 2395-02, p. 341). Destaca-se este trecho da ementa: "(...) 8. Prova. Criminal. Escuta ambiental e exploração de local. Captação de sinais óticos e acústicos. Escritório de advocacia. Ingresso da autoridade policial, no período noturno, para instalação de equipamento. Medidas autorizadas por decisão judicial. Invasão de domicílio. Não caracterização. Suspeita grave da prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de exercício da profissão. Situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional. Inteligência do art. 5º, X e XI, da CF, art. 150, § 4º, III, do CP, e art. 7º, II, da Lei nº 8.906/94. Preliminar rejeitada. Votos vencidos. Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão. (...)". A questão jurídica dizia respeito a meio de obtenção de prova *não nominado e sem procedimento*, que se *assemelharia* a uma busca e apreensão. No curso da investigação, cuidando-se para que esta não fosse descoberta (o que ocorreria fatalmente, em caso de busca e apreensão típica), fez-se algo *análogo* a uma *inspeção*, elaborando-se cópias de documentos, no período noturno, mediante ingresso no escritório de advogado investigado, o qual estaria supostamente atuando como membro da alegada quadrilha. O STF admitiu a aplicação *praeter legem* de tal meio investigativo.

(satisfatoriamente regulamentado); ou, se não causar maior impacto em direitos fundamentais, *iii*) passar a integrar o ordenamento como meio de investigação meramente costumeiro (deixando, portanto, de ser considerada inovadora). Desse modo, pode-se dizer que as inovações investigativas, quando puderem ser aceitas, devem ser analisadas como *excepcionais* (porque refogem ao padrão ótimo de tipicidade e experimentação) e *provisórias* (porque o sistema jurídico as inevitavelmente conduzirá à rejeição, à tipificação processual ou à consuetudinarietà).

Pelo que se discorreu até aqui, a inovação investigativa criminal deve ser entendida como *praeter legem*, excepcional, provisória, decorrente de interpretação extensiva ou aplicação analógica e inserida em contexto de evolução legislativa progressiva. Mas, além desses requisitos, apenas pode ser tolerada à medida que puder ser juridicamente controlada.

A mais difícil questão jurídica sobre os meios investigativos inovadores é exatamente o seu controle, objeto do próximo tópico.

6.5. O controle jurídico da inovação investigativa criminal

Para que esquemas criminosos complexos, originais ou de algum modo criativos não sejam imunizados da repressão estatal, o ordenamento processual penal brasileiro dá alguma possibilidade de inovação técnico-tecnológica nos meios de investigação criminal. Essa abertura, porém, traz em si grande risco de abuso, desproporcionalidade e arbitrariedade, pelo que só pode ser tolerada mediante satisfatório controle jurídico, lastreado no Direito Probatório, tão mais rigoroso quanto maior for o impacto da medida inovadora cogitada em direitos fundamentais. A interpretação excessivamente ampliativa do poder geral de investigação, previsto nos arts. 3º e 6º, III, do CPP, atenta contra o sistema de direitos fundamentais estabelecido pela Constituição da República de 1988, a qual assegura a todos (inclusive, obviamente, os suspeitos e

investigados) o direito a não serem descontroladamente importunados pelo Estado ou por terceiros.

Uma vez que a inovação investigativa se manifesta na implementação de meios de investigação, a estrutura (formal) do controle sobre a inovação investigativa é, inicialmente, a mesma do controle sobre os meios de investigação, dificultada pelo desafio (material) de que a inovação investigativa deve ser entendida como *praeter legem*, excepcional, temporária, decorrente de interpretação extensiva ou aplicação analógica e inserida em contexto de evolução legislativa progressiva.

Importante pressuposto de qualquer controle sobre as investigações criminais, especialmente quando se trata de medidas inovadoras, é o satisfatório registro, nos correspondentes autos, das condutas adotadas e suas fundamentações, algo deficitário na prática brasileira, pelo que se depreende do manuseio de inquéritos e procedimentos investigativos⁸⁰³.

Quanto aos órgãos que o exercem, o controle dos meios de investigação (com ou sem inovação) pode ser administrativo (interno ou externo) ou judicial.

No Brasil, o controle administrativo é eminentemente interno. Delegados de polícia (nos inquéritos) e membros do Ministério Público (nos procedimentos investigativos ministeriais) devem controlar as condutas das respectivas equipes de investigação e devem ser controlados por periódicas correições de órgãos hierarquicamente superiores. Mas há também controle administrativo externo: sobre os delegados de polícia,

⁸⁰³ Na Alemanha, o registro formal de condutas investigativas e suas fundamentações é tão entranhado na cultura persecutória, que às vezes agentes estatais, transparentemente, confessam ilegalidades probatórias (e até crimes) nos respectivos autos. No famoso caso *Gäfgen*, policiais consignaram formalmente no inquérito que, por entenderem necessário para salvar a vida de criança confessadamente sequestrada pelo imputado, empregariam ameaça de tortura contra este, para coagi-lo a revelar o cativo da vítima (revelação que o imputado insistia em não fazer). Tal consignação fundamentou, posteriormente, a invalidação de todas as provas obtidas mediante a ameaça de tortura e lastreou demandas criminais e administrativo-sancionatórias contra os policiais – v. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 186 e 198. No Brasil, é grande a desconfiança de que agentes investigadores estatais cometem graves ilicitudes, mas sua constatação é dificultada pela ausência generalizada de registro formal de condutas investigativas e suas fundamentações.

incide controle do Ministério Público⁸⁰⁴; sobre os promotores de justiça e procuradores da República, incide controle do Conselho Nacional do Ministério Público.

O controle administrativo é bom filtro inicial para coibir más práticas, mas tende a ser insuficiente para a tutela dos direitos fundamentais, especialmente em casos de maior arrojado investigativo (como ocorre nas inovações técnico-tecnológicas): na ânsia de colocar boa ideia em prática, no desejo de apurar intrincada engrenagem criminosa, é provável que, em boa parte dos casos, órgãos do próprio Estado-Persecutor não tenham serenidade para dar a merecida importância aos direitos fundamentais dos investigados.

Por isso, a Constituição da República Brasileira exige autorização judicial prévia para a implementação de meios investigativos criminais considerados significativamente compressores de direitos fundamentais. Mas, mesmo nesses, entende-se dispensável a autorização judicial prévia em hipóteses análogas às excludentes de ilicitude⁸⁰⁵.

Assim, há, com base na reserva de jurisdição, três categorias de meios investigativos criminais: *i*) os não sujeitos a autorização judicial prévia, por não serem considerados significativamente compressores de direitos fundamentais (p.e., tomada de depoimentos⁸⁰⁶); *ii*) os sujeitos a autorização judicial prévia, por serem considerados

⁸⁰⁴ Momento especialmente importante do exercício de controle externo da atividade policial pelo Ministério Público ocorre com a remessa periódica a este dos inquéritos ainda não concluídos. Nessa oportunidade, cabe ao promotor de justiça ou procurador da República demonstrar à autoridade policial condutora dos inquéritos que o Ministério Público tem concreta ciência dos rumos da investigação e, se for o caso, pronunciar-se contra desvios, omissões e diligências inúteis ou pouquíssimas promissoras. É, pois, criticável a concessão automática de novos prazos, sem nem mesmo referência ao que já foi investigado ou ainda deverá sê-lo. Mais criticável ainda é o mau-hábito, minoritário, de o órgão ministerial somente ler a íntegra dos autos do inquérito após a apresentação de relatório pela autoridade policial.

⁸⁰⁵ No Capítulo 4, subitem 4.6, é mencionada a possibilidade de meios de investigação, ainda que fortemente interventivos em direitos fundamentais do imputado, associados à legítima defesa de pessoas vitimadas por crimes em pleno andamento (p.e., extorsões variadas), ao estado de necessidade vivido por pessoas acusadas injustamente e à adoção de providências, pelos pais, destinadas à comprovação de crimes exauridos contra seus filhos.

⁸⁰⁶ Hipótese polêmica é a do acesso a dados cadastrais, previsto nos arts. 15, 16 e 17 da Lei Federal nº 12850/2013 (grifou-se aqui): “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. Art. 16. As empresas de transporte possibilitarão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, *acesso direto e permanente do juiz, do Ministério Público ou do delegado de polícia* aos bancos de dados de reservas e registro de

significativamente compressores de direitos fundamentais (p.e., interceptação telefônica); e *iii*) os que, apesar de serem considerados significativamente compressores de direitos fundamentais, são excepcionalmente dispensados de autorização judicial prévia, por força de situação justificante (p.e., gravação da própria conversa e situações análogas às excludentes de ilicitude).

Essas três categorias se repetem no âmbito da inovação investigativa criminal. Uma vez que as inovações toleráveis devem ser baseadas em interpretação extensiva ou aplicação analógica de regulamentações legais já existentes, o padrão para aferir sua sujeição à reserva de jurisdição deve ser o cotejo com a regulamentação-paradigma: se esta é condicionada à autorização judicial prévia, a desejada inovação investigativa também o deve ser; se não o é, tampouco a inovação pretendida o deve ser.

A prática investigativa frequentemente abre oportunidade para atitudes criativas e originais que, não significativamente compressoras de direitos fundamentais, contentam-se com o poder geral de investigação, previsto nos arts. 3º e 6º, III, do CPP, e dispensam autorização judicial prévia. Foi assim, por exemplo, quando ocorreu ao primeiro investigador coletar cuidadosamente resíduo genético abandonado em espaço público por pessoa investigada (p.e., copo usado na delegacia de polícia, durante depoimento), para posterior exame de DNA: tratando-se de conduta investigativa análoga à “apreensão de objetos que tiverem relação com o fato” (prevista no art. 6º, II, do CPP⁸⁰⁷, sem reserva de jurisdição), seria exagerada a exigência de autorização judicial prévia. Também nesse contexto deve ser pensado o uso de computação gráfica e reprodução tridimensional de

viagens. Art. 17. As concessionárias de telefonia fixa ou móvel manterão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, à disposição das autoridades mencionadas no art. 15, registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais.” Guilherme Madeira Dezem considera inconstitucional a concessão, por lei, de acesso direto ao Estado-Persecutor das referidas informações, por desproporcional franqueamento da privacidade dos investigados e também por desigualdade de armas – o Estado-Persecutor ganha, com tais dispositivos, grande poder investigativo, não extensivo à defesa. Cf. DEZEM, Guilherme Madeira. A era da vigilância. In: *Boletim IBCCrim*. São Paulo, ano 22, nº 254, janeiro de 2014.

⁸⁰⁷ Art. 6º, II, do CPP: “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá (...) apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais (...).”

sons e imagens para variados fins investigativos (videoconferências, reconstituições etc.)

808

A multiplicidade de situações em que alguém pode ser submetido à condição de vítima de crime ou de injustamente acusado também pode abrir oportunidade, em situações análogas às excludentes de ilicitude, para atitudes criativas e originais que, embora sejam significativamente compressoras de direitos fundamentais, excepcionalmente dispensem autorização judicial prévia. Imagine-se, por exemplo, que vítima de sequestro consiga propositalmente deixar dispositivo rastreador no interior de automóvel que a tenha arrebatado ou a transportado de volta à família, permitindo, com isso, o monitoramento por *GPS* de um dos sequestradores e comprovação do crime: tratando-se de conduta investigativa análoga à da legítima defesa (para a qual não é cogitável reserva de jurisdição), não há que se pensar em autorização judicial prévia.

Todavia, muitos meios de investigação representativos de inovação, caso sejam toleráveis, não se contentam com o poder geral de investigação, dos arts. 3º e 6º, III, do CPP, sujeitando-se a autorização judicial prévia, por serem análogos ou extensivamente interpretados com base em meios já positivados e, considerados significativamente compressores de direitos fundamentais, submetidos ao exame judicial prévio. Aqui se encontra o centro desta tese: é tolerável a adoção de inovação investigativa sem satisfatória regulamentação jurídica, ainda que cause significativo impacto em direitos fundamentais, desde que, obedecido o mandamento da proporcionalidade, seja compensado seu déficit de regulamentação por método judicial que a trate como *praeter legem*, excepcional, temporária, decorrente de interpretação extensiva ou aplicação analógica e inserida em contexto de evolução legislativa progressiva.

⁸⁰⁸ Cf. SBISÀ, Francesco. Le computer generated evidence: da strumento a prova scientifico-tecnica nel processo penale statunitense. In: CONTI, Carlotta. *Scienza e processo penale*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 424-429. DE MARTIN, Juan Carlos. Un “servizio” tecnologico tra presente e futuro. In: CHIAVARIO, Mario (a cura di). *Nuove tecnologie e processo penale*. Giustizia e scienza: saperi diversi a confronto. Torino: G. Giappichelli, 2006, p. 100.

6.5.1. O controle judicial da inovação investigativa criminal: legalidade, proporcionalidade, tipificação processual progressiva e modulação temporal

Não compõem o objeto deste trabalho as variadas e profundas discussões sobre os vários métodos de resolução de conflitos entre princípios jurídicos. Parte-se do pressuposto de que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal inclina-se, com as adaptações necessárias, em favor da teoria dos princípios jurídicos (e o mandamento de proporcionalidade) de Robert Alexy⁸⁰⁹, embora existam várias outras abordagens teóricas.

Para Robert Alexy, os princípios são mandamentos de otimização, a serem aplicáveis na maior medida possível, conforme exigido pelo caso concreto, ao qual se deve ter máxima atenção⁸¹⁰.

E o mandamento de proporcionalidade é, para Alexy, decorrência dos direitos fundamentais: houve um tempo em que a doutrina jurídica sustentava que as leis poderiam e deveriam dar concretude (e estabelecer os limites) dos direitos principiologicamente estabelecidos na Constituição; Alexy sustenta, com ampla adesão, que só as leis *proporcionais* têm esse dever-poder. A proporcionalidade é, portanto, norma que impede o legislador de, em sua discricionariedade política, delimitar direitos fundamentais de modo inadequado aos legítimos fins públicos pretendidos, desnecessário para o atingimento de tais fins ou de modo imponderado⁸¹¹.

No Direito Probatório Criminal, o conflito entre os direitos fundamentais dos investigados e o interesse estatal na melhor apuração possível de supostos crimes frequentemente provoca a análise da *proporcionalidade* de medidas investigativas cogitadas.

⁸⁰⁹ V. STF, RHC 117265/SE, j. 29.10.2013, e HC 91613/MG, j. 15.05.2012. SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais*, nº 798. São Paulo, 2002, p. 23-50. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116-120.

⁸¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 90-91.

⁸¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 116-120.

São pressupostos dessa análise de proporcionalidade a verificação de *i*) previsão legal da medida; *ii*) finalidade pública constitucionalmente legítima; *iii*) fundamentação; e *iv*) satisfatório controle jurídico (o qual, nas situações em que o Poder Constituinte ou Legislativo considerem especialmente invasivas, deve ser *judicial*)⁸¹².

Obedecidos tais pressupostos, o exame de proporcionalidade se compõe de três análises encadeadas sobre a medida interventiva em direito fundamental, referentes à sua *i*) adequação (utilidade para a consecução do fim desejado), *ii*) necessidade (impossibilidade ou exagerada dificuldade de se alcançar o fim desejado por outra via⁸¹³) e *iii*) proporcionalidade em sentido estrito (ponderação entre a profundidade do sacrifício imposto ao direito fundamental e o grau de benefício público trazido pela medida interventiva⁸¹⁴).

Cada um desses pressupostos e requisitos é merecedor de profundas reflexões, aqui não tratadas.

No presente estudo, opta-se por apenas destacar a exigência de *legalidade*, pois sua abordagem, no caso de inovações investigativas compressoras de direitos fundamentais, deve ser diferenciada dos meios de investigação já satisfatoriamente regulamentados.

Dois pontos são aqui colocados em relevo.

O primeiro ponto se refere à tensão entre a exigência de previsibilidade sobre os atos de investigação e a necessidade, por vezes, de que esses sejam criativos e inesperados. Os cidadãos têm o direito de saber como e em que profundidade podem ser

⁸¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 116-120. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madri: COLEX, 1990, p. 305-310. SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*, op. cit., p. 57-64. MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*, p. 310-329.

⁸¹³ A necessidade talvez seja o ponto mais saliente do exame de proporcionalidade. Grande parte das medidas investigativas pleiteadas em juízo não são realmente necessárias, podendo ser substituídas por condutas policiais menos invasivas.

⁸¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 116-120. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madri: COLEX, 1990, p. 305-310. SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*, op. cit., p. 57-64. MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*, p. 310-329.

observados pelo Estado-Persecutor e por outros cidadãos – até mesmo como mecanismo de prevenção do totalitarismo, o qual se caracteriza, entre outros pontos, pela vigilância ilimitada de todos por todos⁸¹⁵. Por outro lado, em esquemas criminosos bem planejados, os mentores antecipam mentalmente as formas comuns de detecção e elucidação, de modo a dificultarem ao máximo a descoberta e a investigação dos respectivos crimes⁸¹⁶ – pode-se dizer que a *cultura de supressão da prova* é característica da criminalidade organizada contemporânea⁸¹⁷. Como já dito no início deste capítulo, essa tensão se resolve pelo recurso à analogia e à interpretação extensiva, não se admitindo medidas completamente inimagináveis pela coletividade, mas não se impedindo o emprego de medidas similares a outras já incorporadas ao ordenamento jurídico.

O segundo ponto referente à legalidade diz respeito à não estabilização de insuficiências legais. É tolerável determinada inovação investigativa, em situações bastante excepcionais a serem devidamente verificadas. Mas, havendo significativa compressão em direito fundamental, não deve ser tolerada sua incorporação irregulada ao ordenamento, em caráter estável. Para evitar isso, propõe-se aqui o emprego de mecanismos modulação temporal de posturas jurisprudenciais e de comunicação entre os Poderes Judiciário e Legislativo, mecanismos esses já observados em outros pontos do Direito Processual Penal brasileiro. Mas a modulação temporal somente deve ser cogitada se todos os demais requisitos do exame de proporcionalidade tiverem sido observados.

Em todos os ordenamentos jurídicos pesquisados, adota-se alguma tolerância quanto à exigência de previsão legal detalhada sobre novos meios de investigação, em situações excepcionais nas quais se façam realmente necessários.

⁸¹⁵ WYSOCKI, Gerhard. *Die geheime Staatspolizei im Land Braunschweig*, op. cit., p. 54-58.

⁸¹⁶ Isso é ainda mais evidente quando se está investigando *policiais* supostamente criminosos, os quais recebem treinamento especial sobre as formas de investigação de crimes e, portanto, sabem melhor que ninguém como driblar a persecução penal.

⁸¹⁷ V. SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão de. *O anonimato no processo penal*, op. cit., p. 32-36. Após dizer que “a *cultura de supressão da prova* constitui uma das grandes características da moderna criminalidade organizada”, o mencionado autor, pontua, na p. 36: “Se é verdade que todo criminoso tem cuidado em não deixar vestígios, já antevendo uma provável ação investigativa estatal, é ainda mais exato reconhecer que as organizações criminosas elevaram ao grau máximo essa preocupação, com a eliminação de qualquer indício que possa levar à sua incriminação.”

Em Portugal, o CPP prevê, no art. 125⁸¹⁸, a liberdade probatória como regra e institui, no art. 126, “métodos proibidos de prova”⁸¹⁹. Ou seja: permite-se a inovação que não seja legalmente proibida, com algum grau de tolerância sobre seu detalhamento legislativo⁸²⁰.

Algo semelhante ocorre na França: o art. 427 do *Code de procédure pénale* estabelece a liberdade probatória como regra⁸²¹ – embora a doutrina francesa pondere sobre a necessidade de, nos casos de intervenção em direitos fundamentais, haver lei prévia e, dentro do possível, detalhada⁸²². Em relatório elaborado por Coudert, Debet e De Hert⁸²³, afirma-se que, também no âmbito da inovação investigativa, é intensa a simbiose francesa entre jurisprudência e legislação, sendo grande parte das modificações legislativas baseadas em soluções inicialmente dadas pela jurisprudência. Ainda em tal relatório, é narrado que o Conselho Constitucional francês, na Decisão nº 2003-467 DC, de 13.03.2003, validou *a posteriori* os cadastros policiais eletrônicos *Stic* e *Judex*, respectivamente organizados pela polícia nacional e pela *gendarmérie*; esses extensos arquivos, destinados à identificação de suspeitos criminais e à aceleração das investigações, surgiram inicialmente como realidade policial, depois foram regulamentados por decreto e, somente após alguma experimentação prática, tornaram-se objeto de lei; o

⁸¹⁸ Artigo 125 do CPP português: “São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei.”

⁸¹⁹ Artigo 126 do CPP português: “1 – São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. 2 – São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível. 3 – Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular. 4 – Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo.”

⁸²⁰ V., p.e., SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. v. I. 5 ed. Lisboa: Verbo, 2008, p. 103-104.

⁸²¹ Art. 427 do CPP francês: “Fora dos casos em que a lei dispõe de outro modo, as infrações podem ser demonstradas por todo meio de prova e o juiz decide segundo sua convicção íntima. O juiz somente pode fundamentar sua decisão em provas que lhe são trazidas no curso dos debates orais em contraditório.”

⁸²² DESPORTES, Frédéric; LAZERGES-COUSQUER, Laurence. *Traité de procédure pénale*. Paris: Economica, 2009, p. 141-150 e 372-378. GUINCHARD, Serge. BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*. 6 ed. Paris: Litec, 2010, p. 520-569.

⁸²³ V. COULDERT, Fanny. DEBET, Anne. DE HERT, Paul. Constitutional rights and new technologies in France. In: LEENES, Ronald. KOOPS, Bert-Jaap. DE HERT, Paul. (orgs.). *Constitutional rights and new technologies*, op. cit., p. 108 e 116-117.

Conselho Constitucional francês, tanto na forma quanto no conteúdo, entendeu que tais cadastros seriam legítimos (assim como legítimas as investigações realizadas a partir deles), porque se voltavam para propósitos constitucionalmente legítimos (segurança pública e esclarecimento de crimes) e não invadiriam desproporcionalmente a privacidade dos afetados, uma vez que confidenciais em face de terceiros. O mesmo ocorreu na Decisão nº 2004-492 DC, de 02.03.2004, sobre arquivos eletrônicos identificadores de pessoas condenadas por crimes contra a liberdade sexual, na Decisão nº 97-389 DC, de 22.04.1997, sobre a retirada de impressões digitais de estrangeiros em situação irregular no país, e na Decisão nº 2003-484 DC, de 20.11.2003, sobre a abertura de arquivo eletrônico sobre nacionais que desejassem hospedar estrangeiros, com as razões declaradas para tanto. Tudo isso nasceu como realidade policial, depois foi regulamentado por decreto e, somente após alguma experimentação prática, tornou-se objeto de lei. Por outro lado, nas referidas decisões, o Conselho Constitucional francês ressaltou garantias, como a inibição de consultas desnecessárias, o sigilo dos arquivos a terceiros e funcionários sem atribuição para o caso, o *direito de ser esquecido* em relação a adolescentes infratores etc.

Na Espanha, embora a clássica obra de González-Cuellar Serrano corretamente ressalte a importância da legalidade como pressuposto da intervenção em direitos fundamentais⁸²⁴, o Tribunal Supremo já se permitiu validar medidas investigativas muito insuficientemente regulamentadas, como a revista de cavidades corporais e as interceptações telefônicas⁸²⁵.

⁸²⁴ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madri: COLEX, 1990, p. 67-96. Nas p. 91-96, o autor cita a história espanhola da regulamentação das interceptações telefônicas (da completa ausência de lei, passando-se à disciplina pouco detalhada, até os dias atuais, nos quais sempre surgem novos pontos a serem melhor regradados, seja pelo legislador, seja pela jurisprudência); citação de importantes precedentes judiciais, do Tribunal Constitucional e do Tribunal Supremo da Espanha.

⁸²⁵ Referência jurisprudencial sobre revista de cavidades corporais: Sentença do Tribunal Supremo (STS) 1470/2003, de 04.03.2003, e STS 4064/2003, de 12.06.2003. Sobre interceptações telefônicas: STS de 18.06.1992 (Caso Naseiro) e Sentença do Tribunal Constitucional (STC) 49/1999, de 05.04.1999 (à qual seguiram STC 239/1999, STC 47/2000, STC 126/2000, STC 299/2000, STC 202/2001, STC 87/2002, STC 167/2002, STC 184/2003, STC 165/2005, STC 205/2005, STC 26/2006, STS 310/2000, STS 1683/2000, STS 879/2001, STS 5207/2001, STS 5466/2001, STS 2417/2002, STS 2912/2002 e STS 4707/2003). Em *Valenzuela-Contreras versus Espanha* (1999, 28 E.H.R.R. 483, 506–107, §§ 58–61) e em *Prado Bugallo versus Espanha* (Processo nº 58796/00, j. 18.02.2003), o TEDH chegou a considerar inaceitável a mora legislativa espanhola quanto à regulamentação das interceptações telefônicas; até que, em *Abdulkadir Coban versus Espanha* (Decisão de inadmissibilidade, proferida em 25.09.2006), o TEDH passou a entender suficientemente protetiva a jurisprudência espanhola formada em torno do (lacônico) § 579 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Cf. WINTER, Lorena Bachmaier. Spain: The Constitutional Court's Move from Categorical Exclusion to Limited Balancing. In: THAMAN, Stephen C. (org.). *Exclusionary rules in Comparative Law*, op. cit., p. 219-220, 224 e 226.

Na Itália, o art. 189 do CPP⁸²⁶ expressamente permite a assunção judicial, mediante o máximo contraditório possível, de *prova não disciplinada pela lei*, caso resulte idônea a assegurar o acerto dos fatos e não prejudique a capacidade de autodeterminação, recordação e avaliação do envolvido (resguardo à “liberdade moral da pessoa”, art. 188 do CPP italiano) – o juiz criminal italiano deve decidir, em cada caso, sobre a admissibilidade dessa dita *prova atípica*, ouvidas as partes sobre como se dará a assunção probatória⁸²⁷. Alberto Ricci dá exemplos de evoluções investigativas inicialmente *praeter legem*, hoje significativamente presentes na realidade italiana: a localização de veículos por GPS; a interceptação de novas mídias, com vídeos (p.e., *Skype*); e, no âmbito da interceptação telefônica, a transcrição automática dos diálogos, a localização dos aparelhos e pessoas interceptados, o desenvolvimento de programas de certificação (por terceiros imparciais) para sistemas e aparelhos utilizados⁸²⁸. Na opinião de Valeria Bozio, os meios de investigação atípicos não teriam fundamento no art. 189 do CPP Italiano (o qual somente se refere a prova, não a meios de pesquisa), mas, sim, na regra geral de não taxatividade das formas previstas para o desenvolvimento das apurações criminais; ademais, a bilateralidade contraditória nos meios investigativos seria dificilmente compatível com o caráter inicialmente unilateral da fase investigativa, a qual, muitas vezes, é sigilosa e surpreendente para o investigado⁸²⁹.

⁸²⁶ Art. 189 do CPP italiano: “*Prove non disciplinate dalla legge. 1. Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova.*” (tradução livre: “Provas não disciplinadas pela lei. 1. Quando é requerida uma prova não disciplinada pela lei, o juiz poderá assumi-la, caso resulte idônea a assegurar o acerto dos fatos e não prejudique a liberdade moral da pessoa. O juiz deve decidir sobre sua admissibilidade, ouvidas as partes sobre as modalidades de assunção da prova.”) Cf. Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 10 dicembre 2009, n. 47009 in Altalex Massimario. Sobre a referida “liberdade moral da pessoa”, assim dispõe o art. 188 do CPP italiano: “*Libertà morale della persona nell'assunzione della prova. 1. Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti.*” (tradução livre: “Liberdade moral da pessoa na assunção da prova. 1. Não podem ser utilizados, sequer com o consento da pessoa interessada, métodos ou técnicas aptas a influir na liberdade de autodeterminação ou de alterar a capacidade de recordar e avaliar os fatos.”)

⁸²⁷ V. LARONGA, Antonio. *Le prove atipiche nel processo penal*, op. cit., p. 123-146.

⁸²⁸ RICCI, Alberto. La gestione tecnica delle intercettazioni: problematiche e soluzioni. In CHIAVARIO, Mario (coord.). *Nuove tecnologie e processo penale*. Giustizia e scienza: saperi diversi a confronto. Torino: G. Giappichelli, 2006, p. 157-163.

⁸²⁹ V. BOZIO, Valeria. La prova atipica. In: FERRUA, Paolo. MARZADURI, Enrico. SPANGHER, Giorgio. *La prova penale*. Torino: G. Giapichelli, 2013, p. 75-81. Por exemplo, sobre o monitoramento por satélite mediante GPS, v. decisões da Corte de Cassação Italiana: Quinta Seção, j. 27.02.2002, n° 16130, pub. Foro italiano, 2002, II, c. 635; Quarta Seção, j. 29.01.2007, n° 8871, pub. CED Cassazione 2007; Primeira Seção, 07.01.2010, n° 9416, pub. em CED Cassazione, 2010.

Na Inglaterra e nos EUA, o sistema de *common law* demonstra grande tolerância à inovação investigativa⁸³⁰. Nos EUA, desde que obedecidas as inviolabilidades constitucionais (para as quais é necessário mandado judicial), toda inovação investigativa aparenta ser bem-vinda⁸³¹. Na Inglaterra, embora não haja diploma constitucional propriamente dito, há normas garantidoras dos investigados, decorrentes das leis ordinárias, dos costumes e da jurisprudência interna e internacional – uma vez obedecidas tais normas (e, quando for o caso, obtidas autorizações judiciais), as inovações investigativas tendem a ser bastante toleradas⁸³².

O sistema alemão adotou interessante conciliação entre legalidade e inovação investigativa.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão, assim como a Suprema Corte dos EUA, têm tido, ao longo de sua história, bastante sucesso em estabelecer parâmetros claros na evolução jurídica, mediante a prolação de número mais reduzido de acórdãos⁸³³, os quais, entretanto, lançam linhas teóricas consideravelmente definidas sobre o alcance dos direitos fundamentais e a justa aplicação das leis que neles intervenham.

⁸³⁰ Mijan Damaska considera inevitável o advento do progresso técnico-científico na obtenção e produção probatórias. Cf. DAMASKA, Mirjan R. *Evidence law adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997, p. 143, 147, 151.

⁸³¹ BRENNER, Susan W. Constitutional rights and new technologies in the United States. In: LEENES, Ronald. KOOPS, Bert-Jaap. DE HERT, Paul. (orgs.). *Constitutional rights and new technologies*, op. cit., p. 230-241. A título de exemplo, em *Kyllo v. United States* (533 US 27, 2001), a *US Supreme Court* enfrentou a validade da utilização de detector domiciliar de calor (*heat surveillance*) para se investigar o interior de domicílio (onde, conforme se verificou, estavam sendo cultivadas plantas psicotrópicas), e a compreendeu no âmbito das buscas domiciliares (dependente, portanto, de mandado judicial prévio, mas sem necessidade de lei específica a respeito).

⁸³² CHOO, Andrew L.-T. England and Wales: Fair Trial Analysis and the Presumed Admissibility of Physical Evidence. In: THAMAN, Stephen C. (org.). *Exclusionary rules in Comparative Law*, op. cit., p. 331-354.

⁸³³ O Ministro Luís Roberto Barroso, do STF, em texto retrospectivo sobre o ano judiciário de 2013 no Brasil, critica a quantidade exagerada de causas conhecidas pelo nosso mais elevado tribunal: "...cortes constitucionais concentram sua atuação em temas que dizem respeito à interpretação da Constituição. E, mais do que isso, têm uma boa dose de controle sobre a própria agenda, selecionando os casos que merecem atenção prioritária. E o fazem, evidentemente, na quantidade possível. Uma agenda enxuta e bem selecionada é o que permite julgamentos e debates de qualidade. Muito antes de entrar para o STF, já havia escrito, por diversas vezes, como o tribunal se enredou na própria voracidade de julgar coisas demais. Todos os ministros gastam a maior parte do seu tempo administrando um enorme varejo de miudezas e desimportâncias." Cf. BARROSO, Luís Roberto. *As ruas, a opinião pública, a Constituição e o Supremo*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-dez-26/retrospectiva-2013-ruas-opinio-publica-constituicao-supremo>, acesso em 06.06.2014.

A *Volkszählungsurteil*⁸³⁴, do TCFA, foi um divisor de águas: até então, todas as medidas investigativas eram consideradas autorizadas pelas cláusulas gerais dos §§ 160 e 161 da StPO⁸³⁵. A *Volkszählungsurteil* declarou o direito dos cidadãos à autodeterminação informacional e a necessidade de leis específicas sobre cada intervenção significativa nesse direito. Embora nenhuma investigação anterior à decisão tenha sido anulada, muito menos os respectivos resultados probatórios, a partir da *Volkszählungsurteil*, a *Strafprozessordnung* foi profundamente reformada quanto aos meios de investigação mais interventivos, os quais passaram a ser detalhadamente regulamentados.

Ocorreu que, na decisão do caso denominado *großen Lauschangriff*⁸³⁶ (escuta ambiental domiciliar), o TCFA entendeu que havia insuficiente regulamentação legal para que o Estado-Persecutor interceptasse conversas realizadas em cômodos fechados. Mais uma vez sem anular os casos pregressos, tampouco as provas do caso concreto que lhe deu origem (as condenações penais foram mantidas), o TCFA comunicou detalhadamente ao Poder Legislativo quais pontos da disciplina legal sobre a escuta ambiental domiciliar necessitavam de reforma, deixando explícitos os requisitos que deveriam constar da nova regulamentação, para que novas escutas ambientais domiciliares pudessem ser futuramente implementadas. Além disso, o TCFA comunicou ao Poder

⁸³⁴ Trata-se de decisão sobre a constitucionalidade de censo demográfico na Alemanha. Referência jurisprudencial: BVerfGE 65, 1. V. BRENNEISEN, Hartmut. BRENNEISEN, Julia (Herausgeber). *Rechtsprechung des BVerfG*. Leitentscheidungen des BVerfG zu den Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und ihre Auswirkungen auf das hoheitliche Eingriffshandeln. Münster: LIT Verlag, 2009, p. 24-35.

⁸³⁵ Assim dispõe o § 160 da StPO (com destaque, aqui, para o inciso 4, e para o fato de que, na Alemanha, o Ministério Público exerce a chefia das investigações criminais): “1. Tão logo o Ministério Público, por notícia-crime ou de outro modo, tome conhecimento da suspeita de crime, tem ele o dever de investigar, para se decidir sobre a propositura de demanda penal pública. 2. O Ministério Público tem o dever de investigar não só as circunstâncias incriminadoras, mas também as desonerantes, e também o de se dedicar à coleta das provas, cuidando para que nenhuma seja perdida. 3. As investigações do Ministério Público devem se estender às circunstâncias significativas para o acerto das consequências jurídicas do fato. Para isso, o Ministério Público pode se servir de órgãos e pessoas auxiliares. 4. Uma medida investigativa é inadmissível a partir do ponto em que a ela se oponham especiais leis regulamentadoras federais ou estaduais.” Em reforço, o § 161, 1, da referida StPO: “Para os fins do § 160, 1 a 3, o Ministério Público tem a atribuição de requisitar informação de todos os entes estatais e de implementar investigações de todo tipo, por si mesmo ou através dos órgãos e autoridades policiais, até o ponto em que outras leis diversamente disponham. Os órgãos e autoridades policiais têm o dever de servir satisfatoriamente às pesquisas e requisições do Ministério Público e, para atendê-las, têm atribuição de requisitar informações a quaisquer outros órgãos e autoridades.” ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 52 e 167-168.

⁸³⁶ Referência jurisprudencial: BVerfGE 109, 279. V. BRENNEISEN, Hartmut. BRENNEISEN, Julia (Herausgeber). *Rechtsprechung des BVerfG*, op. cit., p. 36-65.

Legislativo que, a partir de determinado prazo (então estipulado em dezesseis meses⁸³⁷), não mais aceitaria novas escutas ambientais domiciliares, deixando evidente, como disposição transitória, que, entre a publicação do referido acórdão constitucional e a edição da nova disciplina legal, seria absolutamente excepcional a implementação de escutas ambientais domiciliares⁸³⁸. Com esse segundo momento jurisprudencial, ainda maior atenção legislativa passaram a receber novas medidas investigativas.

Um terceiro momento evolutivo ocorreu com as decisões do *BGH* sobre busca e apreensão de dados informáticos (*on-line Durchsuchung*⁸³⁹): o *BGH* estabeleceu que, enquanto não houver *i*) tecnologia suficiente para separar dados referentes ao livre desenvolvimento da personalidade (imunes à busca e apreensão) das informações relativas à participação de certa pessoa em supostos crimes sob investigação (somente essas suscetíveis à busca e apreensão) e *ii*) regulamentação legal mínima sobre tal segregação entre dados apreensíveis e não apreensíveis, durante sua coleta pelo Estado-Persecutor, não é admissível, no Direito Alemão, a busca e apreensão digital⁸⁴⁰.

Um quarto momento da discussão alemã sobre a inovação investigativa decorre das informações encaminhadas ao Estado-Persecutor sobre serviços secretos⁸⁴¹. Três são os principais diplomas sobre os serviços secretos: a *Bundesverfassungsschutzgesetz (BVerfSchG*, lei federal alemã sobre a proteção à Constituição), a *Bundesnachrichtendienstgesetz (BNDG*, lei federal alemã sobre o serviço nacional de inteligência) e a *Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (G10*, lei federal alemã regulamentadora das intervenções no direito fundamental de correspondência). Nesses diplomas, é perigosamente conferido poder investigativo amplo, inclusive com medidas investigativas atípicas muito interventivas, às agências estatais de investigação e prevenção de atividades atentatórias à

⁸³⁷ Referência jurisprudencial: BVerfGE 109, 279, especialmente p. 381.

⁸³⁸ Cf. MARTINS, Leonardo. Crime organizado, terrorismo e inviolabilidade do domicílio. Sobre o controle de constitucionalidade de novas regras do direito processual alemão e sua relevância para a interpretação do art. 5º, IX, da CF. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 824, n.2, p. 401-437, 2004.

⁸³⁹ Referência jurisprudencial: BVerfGE 120, 274. V. BRENNEISEN, Hartmut. BRENNEISEN, Julia (Herausgeber). *Rechtsprechung des BverfG*, op. cit., p. 121-148.

⁸⁴⁰ V. SIEBER, Ulrich. *Straftaten und Strafverfolgung im Internet*, op. cit., p. 108-109.

⁸⁴¹ Cf. SIEBER, Ulrich. *Instruments of international law: against terrorist use of the internet*, p. 203-213. Do mesmo autor, *Straftaten und Strafverfolgung im Internet*, op. cit., p. 9-10 e 128.

segurança nacional (p.e., terrorismo)⁸⁴². Também nessas leis, há previsões de transmissão de informações, obtidas mediante medidas investigativas atípicas muito interventivas, aos órgãos estatais de persecução penal. O debate ora travado é sobre a necessidade (para os mais garantistas) ou impossibilidade (para os mais efficientistas) de que as medidas investigativas de agências estatais secretas sejam processualmente tipificadas: os primeiros sustentam que só a detalhada regulamentação legal possibilitará controle externo (ainda que não judicial) e impedirá abusos; os segundos alegam que atenta contra a segurança nacional explicitar detalhada e publicamente os meios e técnicas utilizados pelos serviços secretos. Esta é a discussão mais atual, na Alemanha, sobre o ponto⁸⁴³.

O sistema alemão de controle judicial das inovações investigativas harmoniza, satisfatoriamente, as ideias de legalidade, proporcionalidade, tipificação processual progressiva e modulação temporal⁸⁴⁴. Como princípio, tal sistema deixa clara sua preferência por medidas investigativas detalhadamente previstas e regulamentadas, especialmente aquelas causadoras de significativo impacto em direitos fundamentais. Uma vez obedecido esse *ideal* de detalhamento e regulamentação prévios (e, em segundo momento lógico, satisfeito o critério de proporcionalidade da medida, a ser examinado em cada caso concreto), há *regular* emprego de meios de investigação invasivos. Entretanto, o sistema alemão *tolera* situações *transitórias* e *excepcionais* de inovações investigativas insatisfatoriamente previstas ou regulamentadas, com base nos referidos §§ 160 e 161 da StPO. Nessas situações, o TCFA avança sobre o exame da proporcionalidade da medida naquele caso concreto e, quando a entende proporcional, mantém a validade da prova coletada, assim como, implicitamente, a dos casos análogos pretéritos. Entretanto, para marcar a *transitoriedade* e a *excepcionalidade* da medida *tolerada*, o TCFA: *i*) pronuncia expressamente a mora legislativa; *ii*) estabelece parâmetros mínimos para o suficiente resguardo dos direitos fundamentais envolvidos; *iii*) assina prazo para que o Poder Legislativo delibere sobre o tema; *iv*) deixa consignado que, uma vez expirado tal prazo sem que a medida investigativa tenha recebido tratamento legislativo satisfatório, o Poder Judiciário alemão não mais a tolerará; *v*) sinaliza como serão recebidas novas

⁸⁴² V. §§ 8-26 da *BverfSchG*; § 8º da *BND*; e §§ 5-7 da *G10*.

⁸⁴³ V. GÖTZ, Volkmar. *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, op. cit., p. 224-225. SCHENKE, Wolf-Rüdiger. *Polizei- und Ordnungsrecht*, op. cit., p. 273-274 e 338-339.

⁸⁴⁴ V. BRENNEISEN, Hartmut. BRENNEISEN, Julia (Herausgeber). *Rechtsprechung des BverfG*, op. cit., sobre os casos BVerfGE 65, 1 (p. 24-35); BVerfGE 109, 279 (p. 36-65); BVerfGE 120, 274 (p. 121-148).

implementações da medida insatisfatoriamente regulamentada, no período entre a pronúncia da mora legislativa e o final do prazo comunicado ao Poder Legislativo. Tal composição poderia ser adaptada à realidade brasileira, com ganho para a legalidade e sem desestímulo à inovação investigativa.

6.5.2. Uma proposta de conciliação entre legalidade e inovação investigativa, para o Poder Judiciário brasileiro

A atual jurisprudência brasileira é excessivamente tolerante com a inovação investigativa, até o ponto de permitir a estabilização de omissões legislativas⁸⁴⁵: demonstrando-se a provável ocorrência de crime grave e a disponibilidade, para elucidá-lo, de técnica ou tecnologia não legalmente regulada, muito dificilmente os juízes e tribunais indeferirão sua utilização, ainda que a mora legislativa se prolongue indefinidamente⁸⁴⁶. Este trabalho é marcadamente descritivo – e, portanto, pouco original – do ponto de vista da *eficiência persecutória*, pois se limita a observar e descrever um fenômeno jurisprudencial verificado no Brasil e em todos os países pesquisados (relativa tolerância quanto a lacunas legais sobre inovações investigativas). De certa forma, a postura aqui defendida somente tem algum grau de originalidade em relação à *proteção de direitos fundamentais*, uma vez que se tenta defender e estabelecer critérios razoáveis para a *limitação temporal e material* das inovações investigativas.

⁸⁴⁵ Percebe-se essa exagerada tolerância, por exemplo, na opinião de Marcelo Mendroni (in *Curso de investigação criminal*. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008, p. 94): “Uma interessante questão, que se coloca muito frequentemente na atualidade, é a de saber o que se deve fazer diante de uma situação na qual o interesse público requer uma investigação que eventualmente implique restringir alguns direitos individuais do investigado, mas a atuação não esteja regida pela Lei. Respondemos dizendo que, tratando-se [de] interesse público com razoáveis evidências de uma prática delituosa, que, por sua gravidade, exige que uma investigação seja levada a cabo, e que a única ou a melhor forma de se obter as evidências seja exatamente através de uma medida contra um direito individual, então, como afirmamos, o interesse público deve prevalecer e a atuação deve ser realizada, buscando-se por meio de um pedido fundamentado e, por fim, obtendo-se, para tanto, uma autorização judicial.” Outro exemplo é a sustentação, por Guilherme de Souza Nucci, da plena exequibilidade da captação ambiental (art. 3º, II, da Lei Federal nº 12850/2013), sem qualquer ponderação sobre a ausência de procedimento probatório – v. NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, v. 2. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 687.

⁸⁴⁶ Medidas impactantes em direitos fundamentais, como a infiltração de agentes, foram, por anos, judicialmente autorizadas e implementadas, sem que o Poder Judiciário demonstrasse desconforto com sua completa ausência de regulamentação procedimental. V., p.e., no STJ, HC 92.724/SC, j. 14.04.2009, DJe 01.06.2009; e HC 190.426/MS, j. 17.03.2011, DJe 04.04.2011.

Sobre a *limitação material* das inovações investigativas, já se discorreu, nos tópicos iniciais deste capítulo, que somente são toleráveis, sem regulamentação legal exauriente, medidas análogas ou extensíveis a outras já incorporadas ao ordenamento jurídico, analogia ou extensão essas a serem explicitadas na fundamentação do ato que determine cada medida. Não se admitem medidas completamente inimagináveis pela comunidade jurídica, que importem salto desproporcional na evolução do Direito⁸⁴⁷.

Sobre a *limitação temporal* das inovações investigativas, propõe-se aqui uma adaptação, ao Direito brasileiro, da abordagem, acima descrita, verificada no Direito alemão, o qual muito já tem influenciado a jurisdição constitucional brasileira⁸⁴⁸.

Nos últimos tempos, o Poder Judiciário brasileiro tem se preocupado cada vez mais em viabilizar evoluções jurídicas com o menor trauma possível para o sistema. Deseja-se sempre maior justiça no ordenamento, mas se tenta preservar atos já praticados, com base em normas e decisões judiciais até então consideradas proporcionais.

Exemplo disso são os casos da denominada *inconstitucionalidade progressiva*, nos quais o STF tem declarado certas normas *ainda constitucionais, mas em trânsito para a inconstitucionalidade*. No julgamento do RE 147.776/SP, o STF entendeu que o art. 68 do CPP, atribuidor de legitimidade do Ministério Público para a ação civil *ex delicto* em favor de particulares pobres, apesar de tendencialmente inconstitucional, somente mereceria ser fulminada quando as defensorias públicas tivessem abrangência e atuação efetivas (com isso, o STF manteve o trâmite de ação civil *ex delicto* ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo em favor da viúva de ex-detento, vitimado por violência policial). De modo semelhante, no julgamento do HC 70.514/RS, o STF também entendeu tendencialmente inconstitucional o § 5º do art. 5º da Lei Federal nº 1060/50, instituidor de

⁸⁴⁷ Tratando de ordens constitucionais estáveis (como já seria o caso da brasileira), Ronald Dworkin ressalta, de um lado, a nocividade de modificações abruptas em contextos jurídicos consolidados e, de outro lado, a necessidade de evolução constante. V. DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 275-286.

⁸⁴⁸ V. SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais*, nº 798. São Paulo, 2002, p. 23-50. STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do Direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 573-579 e 597-611. CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. In: *Revista de Processo*, ano 38, nº 221, julho de 2013, p. 13-48.

prazo recursal em dobro para os defensores públicos, mas a correspondente invalidação do dispositivo somente deveria ocorrer quando as Defensorias Públicas brasileiras estivessem devidamente estruturadas, pelo menos em nível de organização equivalente ao do respectivo Ministério Público (desse modo, o STF determinou o conhecimento de apelação criminal pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul). Nos dois casos, o STF deixou aos Poderes Legislativo e Executivo apelos para que instituíssem e implementassem as medidas consideradas necessárias pelas fundamentações dos acórdãos⁸⁴⁹.

Carlos Alberto Navarro Perez, em dissertação de mestrado sobre o tema⁸⁵⁰, contabilizou, na jurisprudência do STF, entre 2004 e 2012, dezenove casos (dois deles, criminais) em que nossa Corte Suprema pronunciou a inconstitucionalidade de normas com modulação dos respectivos efeitos para após o julgamento (efeitos *ex nunc* da inconstitucionalidade) ou para datas ainda mais distantes, estabelecidas nos acórdãos (efeitos *pro futuro* da inconstitucionalidade)⁸⁵¹.

No HC 82.959-7/SP, o STF, modificando radicalmente sua jurisprudência, incidentalmente declarou a inconstitucionalidade do então vigente § 1º do art. 2º da Lei Federal nº 8072/90 e passou a entender cabível a progressão de regime penitenciário por pessoa condenada pela prática de crime hediondo. No HC 97.256/RS, o STF, mais uma vez operando guinada em sua jurisprudência, incidentalmente declarou a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei Federal nº 11343/2006 e passou a entender cabível a imposição de penas restritivas de direitos, como medidas substitutivas, a pessoa condenada pela prática de tráfico de drogas e assemelhados. Entretanto, nesses dois casos criminais, o STF deixou expressamente consignado que os efeitos das inconstitucionalidades somente se manifestariam a partir das respectivas assentadas, para não ser dado espaço a demandas

⁸⁴⁹ V. STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, op. cit., p. 602-603.

⁸⁵⁰ PEREZ, Carlos Alberto Navarro. *Declaração de inconstitucionalidade. A modulação dos efeitos temporais*. Teoria constitucional e aplicação. Curitiba: Juruá, 2014.

⁸⁵¹ No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, verificaram-se, entre 2004 e 2012, quinze ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs): 3.022-1/RS, 3.615-7/PB, 2.240-7/BA, 3.819-2/MG, 3458-8/GO, 3.660-2/MS, 2.907-0/AM, 2.501-5/MG, 4.009-0/SC, 2.904-5/PR, 3.430-8/ES, 3.791/DF, 3.601-7/DF, 4.140/GO, 4.029/AM. No controle difuso de constitucionalidade, foram verificados dois recursos extraordinários cíveis (RE 197.917-8/SP e RE 556.664/RS) e dois *habeas corpus* criminais (HC 82.959-7/SP e HC 97.256/RS). V. PEREZ, Carlos Alberto Navarro. *Declaração de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 390-424.

referentes a situações anteriores ao julgamento (p.e., encarceramentos inconstitucionalmente prolongados)⁸⁵².

Propõe-se, portanto, que o controle da legalidade das inovações investigativas se dê em dois momentos. Inicialmente, o juízo deve verificar se a pretendida medida inovadora (ou insatisfatoriamente regulamentada) guarda analogia com (ou está abrangida pela interpretação extensiva de) meio investigativo já satisfatoriamente regulamentado. Em caso negativo, deverá o juízo de garantias negar autorização para a medida (e, em grau recursal, deverá o tribunal *ad quem* invalidar a respectiva coleta probatória). Em caso positivo, deverá o juízo ou tribunal proceder ao exame de todos os demais requisitos do teste de proporcionalidade (justificação constitucional, judicialidade, fundamentação, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Caso a medida seja aprovada nesse teste, caberá ao juízo, tribunal e, em última instância, ao Supremo Tribunal Federal (onde causa tão polêmica fatalmente chegará) *tolerar* a medida inovadora (ou insatisfatoriamente regulamentada), mas, em um segundo momento de seu controle de legalidade, pronunciar sua *transitoriedade e excepcionalidade*.

Nesse segundo momento do controle de legalidade, todo juízo ou tribunal que conhecer da causa deverá pronunciar expressa e detalhadamente a situação de mora legislativa, ficando consignado que a medida inovadora (ou insatisfatoriamente regulamentada) restou *tolerada*, mas em nível de legalidade aquém do ideal. Uma vez chegando a causa ao Supremo Tribunal Federal, a ele competirá, além da pronúncia sobre a mora legislativa: *i*) estabelecer parâmetros mínimos para o suficiente resguardo dos direitos fundamentais envolvidos; *ii*) estipular prazo que considere razoável para a deliberação legislativa sobre o tema, o qual nunca poderá ser superior a uma legislatura⁸⁵³; *iii*) comunicar a mora ao Poder Legislativo (que é independente para purgá-la ou não) e dizer-lhe oficialmente que, uma vez expirado certo prazo sem que a medida investigativa tenha recebido tratamento legislativo satisfatório, o Poder Judiciário não mais a tolerará em seu âmbito; *iv*) sinalizar como deverão ser recebidas novas implementações da medida inovadora (ou insatisfatoriamente regulamentada), no período entre a pronúncia da mora legislativa pelo STF e o final do prazo comunicado ao Poder Legislativo.

⁸⁵² V. PEREZ, Carlos Alberto Navarro. *Declaração de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 396-399.

⁸⁵³ Art. 44, parágrafo único, da CR: “Cada legislatura terá a duração de quatro anos.”

Não se cogite, na hipótese, de violação à independência do Poder Legislativo: este poderá, livre e independentemente, ignorar ou expressamente desatender o apelo do Poder Judiciário. O efeito disso não será sancionatório ao Legislativo, mas interno ao Judiciário: uma vez expirado o prazo considerado razoável, o Poder Judiciário não mais a tolerará em seu âmbito. Como dito, tal prazo poderá ser de meses ou anos, mas nunca poderá ser superior a uma legislatura – afinal, os quatro anos de cada legislatura compõem o período que o art. 44 da Constituição da República considerou suficiente para a positivação de todas as contribuições legislativas politicamente possíveis em determinado contexto histórico.

Desse modo, instala-se saudável diálogo entre os Poderes Judiciário e Legislativo⁸⁵⁴: aquele comunica a este necessidades prementes do ordenamento processual penal, indicando parâmetros considerados imprescindíveis para a tutela de direitos fundamentais; este pode, com independência, atender ou não a tais necessidades. Qualquer que seja o resultado, ganha a segurança jurídica: o Estado-Persecutor não resta inibido em buscar soluções inovadoras ou de algum modo criativas para o esclarecimento de esquemas criminosos complexos; é estabelecida composição entre a exigência de legalidade e o caráter irruptivo das inovações, a serem compreendidas como transitórias e excepcionais (insuscetíveis, portanto, de estabilização sem o devido detalhamento legislativo, notadamente quando compressoras de direitos fundamentais); e os direitos fundamentais são reforçados no sistema (ou porque devidamente tutelados pelo Poder Legislativo, em prazo razoável, ou porque, expirado tal prazo, absolutamente prevalentes às inovações não regulamentadas).

É verdade que os direitos fundamentais dos investigados seriam ainda mais assegurados se o exame de legalidade das inovações investigativas fosse simplesmente binário, verificador da existência ou não de regulamentação exauriente. Entretanto, como já dito em todo este estudo, não é assim que os tribunais estrangeiros e brasileiros têm atuado (e não há qualquer sinal de que assim atuarão).

⁸⁵⁴ A necessidade de diálogo interinstitucional, especialmente no âmbito das provas atípicas, é destacada em BOZIO, Valeria. *La prova atípica*, op. cit., p. 76-81: "no silêncio do legislador, a jurisprudência é forçada a individuar soluções razoáveis, para que não sejam inviabilizados tais instrumentos"; ademais, destaca-se a contribuição que o trabalho jurisprudencial oferece à elaboração legislativa.

Ademais, é reconhecidamente paradoxal que o teste de proporcionalidade se opere sobre medidas insuficientemente regulamentadas. Afinal, seu último parâmetro, a proporcionalidade em sentido estrito, tem a ver com todos os outros cuidados que o ordenamento adota (além dos parâmetros anteriores de legalidade, justificação teleológico-constitucional, judicialidade, motivação, adequação e necessidade), para a legítima compressão do âmbito protetivo de direito fundamental. Na seara da investigação criminal, diz respeito, por exemplo, ao estabelecimento de prazos, formas e requisitos materiais razoáveis para prática de atos e abstenções, assim como, em cada caso concreto, à atenção à maior ou menor gravidade e verossimilhança concretas da imputação, ao suposto envolvimento do afetado no fato sob apuração e à probabilidade de êxito de medida investigativa pretendida⁸⁵⁵. Este é, entretanto, o paradoxo da inovação investigativa: *há situações excepcionais em que ela realmente precisa ser empregada, mas, sendo novidade, não há como ter sido adequadamente regulamentada*. A solução hoje vigente, de paciência inesgotável para com a mora legislativa, não é boa. Tampouco o seria a alternativa oposta, ou seja, a vedação absoluta de medidas inovadoras compressoras de direitos fundamentais, enquanto não estivessem satisfatoriamente regulamentadas.

Entre a *constante boa vontade* para com medidas invasivas e não regulamentadas (observada entre os juízes e tribunais brasileiros) e sua mera *tolerância com prazo razoável para acabar* (ora proposta), essa segunda se apresenta como solução de compromisso alcançável e, ainda que não absolutizante, promotora dos direitos fundamentais e da legalidade.

⁸⁵⁵ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madri: COLEX, 1990, p. 309-310. ARMENTA DEU, Teresa. La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en Europa y America en materia de prueba ilícita). In: ARMENTA DEU, Teresa. *Estudios sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 265.

CONCLUSÕES

Quaisquer conclusões jurídico-científicas são precárias e provisórias. A pesquisa empreendida levou o doutorando aos seguintes entendimentos:

1) A investigação criminal é instrumento imprescindível do sistema penal, de modo que em todos os campos onde houver regulamentação penal legítima, deverá ser juridicamente admissível investigação eficiente.

2) Denomina-se *ato* de investigação criminal a 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 provas convergentes), referentes a suposto fato penalmente típico, ilícito, culpável e punível, decorrente de uma ou mais hipóteses livremente formuladas sobre a matéria em apuração e viabilizada pelo emprego dos devidos meios e técnicas.

3) Embora os atos de investigação criminal não se limitem ao momento pré-processual, denomina-se *fase* de investigação criminal o contexto, anterior ao eventual ajuizamento de demanda cognitivo-condenatória, destinado à instrumentalização da *opinio delicti* (que pode ser positiva ou negativa, persecutória ou defensiva), de decisões judiciais intermediárias e da atividade probatória em eventual processo.

4) O Direito Probatório brasileiro, em comparação com outros ordenamentos pesquisados, é intensamente restritivo à ilicitude probatória, pouco permeável ao exame desta à luz da proporcionalidade e menos experiente quanto a atenuações à ilicitude por derivação.

5) Os meios de investigação, também chamados meios de obtenção de prova ou meios de pesquisa probatória são os instrumentos epistemológicos da investigação criminal. Quando seu emprego não comprime direitos fundamentais, são admissíveis, com relativa tranquilidade, meios investigativos não expressamente previstos

em lei, destinados a, nos termos do art. 6º, III, do CPP, “colher todas as provas (*rectius*, elementos de informação em sentido amplo) que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias”. Quando seu emprego comprime direitos fundamentais, o *ideal* é que, além de nominados por lei e obedientes aos critérios de justificação constitucional, judicialidade, fundamentação e proporcionalidade, sejam eles satisfatoriamente regulamentados, através de procedimento jurídico detalhado.

6) As técnicas de investigação são sequências de atos juridicamente permitidos ou impostos, planejados para bem atingir a finalidade dos variados meios de investigação. O procedimento investigativo legalmente estabelecido para cada meio de investigação integra e condiciona, necessariamente, a respectiva técnica investigativa. Esta, todavia, é sempre mais abrangente que aquele: até mesmo pela inevitável insuficiência da comunicação para expressar a realidade, a previsão abstrata do procedimento jurídico-investigativo jamais conseguirá abarcar todas as situações e cuidados pertinentes à finalidade de determinado meio de prova. Daí a diferenciação entre *procedimento jurídico-investigativo*, como sendo o conjunto de atos juridicamente impostos para a execução do correspondente meio de investigação, e *procedimento técnico em sentido estrito*, como o universo de atos juridicamente admissíveis (embora não impostos) e, ao mesmo tempo, recomendáveis, do ponto de vista de sua eficiência, ou seja, de sua capacidade de gerar os efeitos para os quais foram criados.

7) Os direitos fundamentais, inspiradores do garantismo penal, são conquistas civilizatórias das quais não se pode abrir mão, seja por sua importância política (estruturam uma sociedade boa e justa), seja por sua importância jurídica (legitimam a validade do ordenamento).

8) A Constituição Brasileira não admite a exclusão apriorística da incidência dos princípios processuais garantistas na análise de quaisquer fatos penalmente relevantes, por mais supostamente graves que sejam. Entretanto, isso não deve impedir que o Poder Judiciário brasileiro leve em consideração, nos exames (prévio) de admissibilidade e (posterior) de revalidação de medidas investigativas, os diferentes graus de complexidade apuratória demandados pelos variados contextos aparentemente criminosos.

9) Quanto mais complexa, inovadora ou de algum modo desafiadora a situação aparentemente criminosa a ser investigada, menor deve ser a força obstativa emprestada pelos princípios garantistas, respeitadas as exigências de legalidade, justificação constitucional, judicialidade, fundamentação, adequação, necessidade e proporcionalidade.

10) No âmbito processual penal, o princípio da legalidade, embora possua menor abrangência que na seara penal material, deve ter sua normatividade reconhecida, especialmente quanto ao controle de atos procedimentais ou processuais que intervenham em direitos fundamentais.

11) A ordem constitucional e legal brasileira não inviabiliza nem desestimula o progresso técnico e tecnológico da investigação criminal, tampouco recusa validade aos resultados obtidos com meios investigativos inovadores. A simples e radical inadmissibilidade de medidas e técnicas investigativas não legalmente especificadas, não satisfatoriamente regulamentadas ou meramente nominadas (sem procedimento legalmente regulamentado) dificultaria irrazoavelmente a apuração de esquemas criminosos complexos, uma vez que esses são inevitavelmente dinâmicos e sua elucidação demanda criatividade – e, por vezes, originalidade – dos órgãos investigadores.

12) Medidas e técnicas inovadoras, quando reiteradas por anos, deixam de sê-lo e passam a exigir, cada vez mais, elaboração legislativa.

13) O exame da legalidade das medidas e técnicas inovadoras deve tolerar, em casos excepcionalmente desafiadores, condutas investigativas análogas ou fruto da interpretação extensiva de instrumentos já consolidados no ordenamento jurídico. É tolerável a adoção de inovação investigativa sem satisfatória regulamentação jurídica, ainda que cause significativo impacto em direitos fundamentais, desde que, obedecido o mandamento da proporcionalidade, seja compensado seu déficit de regulamentação por método judicial que a trate como *praeter legem*, excepcional, provisória, decorrente de interpretação extensiva ou aplicação analógica e inserida em contexto de evolução

legislativa progressiva.

14) A inovação investigativa tolerável deve ser expressamente tratada como excepcional. Se o meio investigativo inovador é, pelo menos, nominado, tal excepcionalidade é menos restritiva, especialmente se (e à medida que) houver alguma tipificação procedimental. Se o meio investigativo inovador não é sequer nominado, tal excepcionalidade é quase obstativa.

15) A inovação investigativa tolerável é provisória, tanto do ponto de vista fático (só é novo o que é recente), quanto do ponto de vista jurídico (medidas que, já suficientemente conhecidas pela comunidade política, bem poderiam ter sido implementadas, não podem ser admitidas até nova sinalização legislativa).

16) A inovação investigativa tolerável se insere em contexto progressivo e ganha consistência com a experimentação jurídica, sob interação da doutrina, jurisprudência e evolução legislativa. Caso não seja em algum momento rejeitada, tende a se iniciar inominada, depois se tornar nominada, posteriormente receber alguma tipificação processual (procedimentalização) e, por fim, tornar-se prova satisfatoriamente típica.

17) A inovação investigativa só é tolerável se for juridicamente controlável.

18) O Poder Judiciário, exercendo o controle preventivo e também repressivo dos atos de investigação criminal, deve ponderar a complexidade do fato investigado (inclusive o grau de *criatividade* ou *originalidade* do suposto esquema criminoso), a invasividade aos direitos fundamentais envolvidos e, em primeiro momento, admitir a possibilidade jurídica de medidas inovadoras sobre as quais haja pouca ou nenhuma elaboração legislativa. Com o agravamento da mora legislativa, deve ser progressivamente diminuída a tolerância judicial com medidas investigativas outrora inovadoras, até que se chegue à completa rejeição do vazio (ou falta de densidade) legal. É, portanto, razoável admitir-se a progressiva inconstitucionalização da omissão legislativa em casos de medidas investigativas inovadoras.

19) A tolerância quanto ao menor detalhamento legislativo das inovações investigativas não as exime de rigorosa submissão aos demais parâmetros do teste de proporcionalidade (justificação constitucional, judicialidade, fundamentação, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

20) O Supremo Tribunal Federal, no exame (originário ou revisor) de cada inovação investigativa, caso a entenda ainda constitucional, deve deixar consignada a mora legislativa e comunicá-la detalhadamente ao Congresso Nacional, com o aviso de que, a partir de prazo certo, o Poder Judiciário brasileiro não mais tolerará que a respectiva medida permaneça sem a devida regulamentação.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 2 ed. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMBOS, Kai; JULIÁN GUERRERO, Óscar (orgs.). *Las prohibiciones probatorias*. Bogotá: Temis, 2009.
- AMBOS, Kai. A teoria do efeito extensivo no Direito Processual Penal estadunidense e sua aplicação ao processo penal alemão. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (org.). *Proibições probatórias no processo penal*. Análise do Direito brasileiro, do Direito estrangeiro e do Direito internacional. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 47-88.
- _____. et al. Declaração de Göttingen sobre Polícia e Investigação no Brasil. In: *Boletim IBCCrim*, ano 22, nº 259, junho de 2014, São Paulo, p. 2-3.
- ANGELETTI, Riziero. *Le invalidità in generale delle prove e dei mezzi di prova*. Torino: Giappichelli, 2005.
- ARAS, Vladimir. Whistleblowers, informantes e delatores anônimos. In: ZANELLATO, Vilvana Damiani. *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – temas relevantes*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, p. 359-406.
- ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita: um estudo comparado*. Tradução de Nereu Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- _____. La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en Europa y America en materia de prueba ilícita). In: ARMENTA DEU, Teresa. *Estudios sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 261-304.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Lei nº 10.701, de 9 de julho de 2003: análise inicial das alterações da “lei de lavagem de dinheiro”. In: *Boletim IBCCrim*, nº 129, agosto de 2003.
- _____. O juiz natural e a irretroatividade das leis modificadoras de competência. In: *Boletim IBCCrim*, nº 262, setembro de 2014.
- _____. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. O valor probatório do inquérito policial. In: obra coletiva, no prelo.
- _____. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

- _____. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 341-352.
- BARBOSA, Adriano Mendes. A atividade de inteligência de segurança pública. In: *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, v. 2, nº 1, jan.-jun. 2011, p. 11-30. Brasília: Academia Nacional de Polícia, órgão da Polícia Federal.
- _____. Ciclo do esforço investigativo criminal. In: *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, v. 1, nº 1, jan.-jun. 2010, p. 153-179. Brasília: Academia Nacional de Polícia, órgão da Polícia Federal.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: *Temas de direito processual – sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. Provas atípicas. In: *Revista de processo*. São Paulo, v. 19, nº 76, 1994.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- BARROSO, Luís Roberto. *As ruas, a opinião pública, a Constituição e o Supremo*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-dez-26/retrospectiva-2013-ruas-opiniao-publica-constituicao-supremo>, acesso em 06.06.2014.
- BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal – eficácia da prova produzida no exterior*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BECHARA, Fábio Ramazzini. MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Crime organizado e terrorismo nos Estados Unidos da América. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de. MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Crime organizado – aspectos processuais*. São Paulo: RT, 2009, p. 153-183.
- BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCrim, 2004.
- BECKER, Steven W. United States of America: contribution to the Preparatory Colloquium of the XVIII International Congress of Penal Law. *Revue Internationale de Droit Pénal*. v. 80, edição anual. Toulouse: Éditions Érès, 2009, p. 341-354 do CD-ROM anexo ao periódico.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BELING, Ernst. Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal. Tradução de Óscar Julián Guerrero. In: AMBOS, Kai. JULIÁN

- GUERRERO, Óscar (orgs.). *Las prohibiciones probatorias*. Bogotá: Temis, 2009, p. 3-56.
- BOURIE, Enrique Barros. La moderna Ciencia Jurídica alemana y la obra de Arthur Kaufmann. In: KAUFMANN, Arthur. *Analogía y naturaleza de la cosa*. Estudio preliminar. Tradução de Enrique Barros Bourrie. Santiago: 1976, p. 9-31.
- BRASIL. ESTRATÉGIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Meta 2: a impunidade como alvo*. Diagnóstico da investigação de homicídios no Brasil. Disponível em http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf, com acesso em 29.10.2014.
- BRENNEISEN, Hartmut; BRENNEISEN, Julia (ed.). *Rechtsprechung des BVerfG. Leitentscheidungen des BVerfG zu den Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und ihre Auswirkungen auf das hoheitliche Eingriffshandeln*. Münster: LIT Verlag, 2009.
- BRENNER, Susan W. Constitutional rights and new technologies in the United States. In: LEENES, Ronald. KOOPS, Bert-Jaap. DE HERT, Paul. (orgs.). *Constitutional rights and new technologies*. Haia: TMC Asser Press, 2008, p. 225-264.
- BROUN, Kenneth S. *McCormick on evidence*. v. 1. 7 ed. Danvers: Thompson Reuters, 2013.
- BURGESS, Peter. *What is security?* Conferência proferida em 25.06.2014, registrada nos anais do Centro de Estudos sobre Segurança e Sociedade, da Universidade de Freiburg.
- CABIALE, Andrea. L'inutilizzabilità "derivata": un mito a mezza via fra nullità ed esigenze sostanziali. In: *Diritto Penale Contemporaneo*. Revista digital, disponível em http://www.uilpadirigentiministeriali.com/attachments/article/3290/+l_inutilizzabilita_.pdf, acesso em 17.03.2014.
- CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. In: *Revista de Processo*, ano 38, nº 221, julho de 2013, p. 13-48.
- _____. *Nulidades no processo moderno – contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público – fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: RT, 2007.
- CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936.
- CALDERÓN CERESO, Angel. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Derecho Procesal Penal*. 2 ed. Madri: Dykinson, 2005.

- CARVALHO NETTO, Menelick de. A Constituição da Europa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 281-289.
- CAVINI, Sofia. Il riconoscimento informale di persone o di cose come mezzo di prova atipico – Commento. In: *Diritto penale e processo*, v. 7/1997. Milano: Ipsoa, 1997, p. 837-839.
- CESARI, Claudia. *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*. Giuffrè: Milano, 1999.
- CHIAVARIO, Mario (coord.). *Nuove tecnologie e processo penale*. Giustizia e scienza: saperi diversi a confronto. Torino: G. Giappichelli, 2006.
- CORDEIRO, NÉFI. Prefácio. In: FIOREZE, Juliana. *Videoconferência no processo penal brasileiro*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- CORDERO, Franco. Guida alla procedura penale. Torino: Utet, 1986.
- COULDERT, Fanny. DEBET, Anne. DE HERT, Paul. Constitutional rights and new technologies in France. In: LEENES, Ronald. KOOPS, Bert-Jaap. DE HERT, Paul. (orgs.). *Constitutional rights and new technologies*. Haia: TMC Asser Press, 2008, p. 95-135.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. In: *Revista de estudos criminais*, nº 1, 2001, Porto Alegre, p. 26-51.
- DAMASKA, Mirjan R. *Evidence law adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997.
- DE MARTIN, Juan Carlos. Un “servizio” tecnologico tra presente e futuro. In: CHIAVARIO, Mario (a cura di). *Nuove tecnologie e processo penale*. Giustizia e scienza: saperi diversi a confronto. Torino: G. Giappichelli, 2006.
- DEL CARMEN, Rolando V. *Criminal procedure – law and practice*. 8ª ed. Belmont: Wadsworth, 2010.
- DELMAS-MARTY, Mireille. The paradigm of the war on crime. Legitimizing inhuman treatment? In: *Journal of International Criminal Justice*, v. 5 (2007), p. 584-598.
- DENZEL, Uwe. *Übermaßverbot und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen*. Tese de doutoramento apresentada à Universidade de Heidelberg, 1966.
- DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Curso de identificação de documentos fraudulentos – guia do participante, versão em português, com 7 módulos e glossário*. Washington, 2009.
- DESGUALDO, Marco Antônio. Reconhecimento Visuográfica de Local de Crime. In: *Revista*

- Arquivos da Polícia Civil*, vol. 44, ACADEPOL, 1996.
- DESPORTES, Frédéric; LAZERGES-COUSQUER, Laurence. *Traité de procédure pénale*. Paris: Economica. 2009.
- DEZEM, Guilherme Madeira. A era da vigilância. In: *Boletim IBCCrim*, ano 22, nº 254, janeiro de 2014, São Paulo, p. 5-6.
- _____. *A flexibilização no processo penal*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2013.
- _____. A proteção da intimidade e os tribunais internacionais. In: RASCOVSKI, Luiz (coord). *Temas relevantes de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 79-110
- _____. *Da prova penal – tipo processual, provas típicas e atípicas – Atualizado de acordo com as Leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08*. Campinas: Millennium, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1, 2 e 3, todos na 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DONATIELLO, Roberto. Inutilizzabilità e prassi giudiziarie. In: MAFEO, Vania (org.). *Il procedimento probatorio nel processo penale*. Napoli: 2006, p. 95-99.
- DUTRA, Luiz Henrique de Araújo. Pragmática da investigação: modelos intencionais na investigação policial. In: *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, v. 1, nº 1, jan.-jun. 2010, p. 137-152. Brasília: Academia Nacional de Polícia, órgão da Polícia Federal.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- EDWARDS, K. SMITH, E. A disconfirmation bias in the evaluation of arguments. In: *Journal of Personality and Social Psychology*, nº 71, 1996, p. 5-24.
- FARIA, José Eduardo. Direito e Justiça no século XXI: a crise da Justiça no Brasil. Texto preparado para o seminário *Direito e Justiça no Século XXI*. Coimbra, Centro de Estudos Sociais, de 29 de maio a 1 de junho de 2003. Disponível em <http://opj.ces.uc.pt/portugues/novidds/comunica/JoseEduarFaria.pdf>, com acesso em 03.06.2013.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzione di Diritto Processuale*. 5 ed. Padova: Cedam, 1989.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FERRUA, Paolo. Epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria: differenze, analogie, interrelazioni. In: NEUBURGER, Luisella de Cataldo (org.). *La prova scientifica nel processo penale*. Padova: CEDAM, 2007, p. 3-30.

- FERRUA, Paolo; MARZADURI, Enrico; SPANGHER, Giorgio (orgs.). *La prova penale*. Torino: G. Giapichelli, 2013.
- FIGLIANO, Juliana. *Videoconferência no processo penal brasileiro*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2009. 456 p.
- FREIRE E SILVA, Bruno; FLORENTINO, Carlos Manoel Leite Gomes. Uma análise da tendência de aumento dos poderes do juiz no campo das provas e os seus necessários limites diante de princípios e regras. In: *Provas – aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009, p. 65-82.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos em el derecho – bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial, Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1999.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.
- _____. Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal: Projeto nº 156/2009 do Senado Federal. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, nº 183, jul.-set. 2009, p. 35-45.
- _____. Provas. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *As reformas no processo penal – as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: RT, 2008, p. 246-297.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 65, 2007, p. 175-208.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.
- _____. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madri: COLEX, 1990.
- GÖTZ, Volkmar. *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*. 15 ed. Munique: C.H. Beck, 2013.
- GOVERNO ALEMÃO. *Polizeiliche Kriminalstatistik 2012, Bundesrepublik Deutschland*. Disponível em http://www.bka.de/DE/Publikationen/PolizeilicheKriminalstatistik/pks_node.html?__nnn=true, acesso em 20.05.2014.

- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GREVI, Vittorio. Prove. In: GREVI, Vittorio; CONSO, Giovanni; BARGIS, Marta. *Compendio di procedura penale*. 6 ed. Padova: CEDAM, 2012, p. 299–391.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, nº 27, jul.-set. de 1999, São Paulo, p. 71-79.
- _____. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2 ed. São Paulo: RT, 1982.
- _____; SCARANCE FERNANDES, Antonio. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2001.
- GUINCHARD, Serge. BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*. 6 ed. Paris: Litec, 2010.
- GUSY, Christoph. *Polizei- und Ordnungsrecht*. 8 ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.
- HAMMAN, Marcus et. al. Fehlerfrei Experimentieren. In: *Mathematisch-naturwissenschaftlicher Unterricht*, nº 59, caderno 5, 2006, p. 292-299.
- HELLMAN, Uwe. *Strafprozessrecht*. 2 ed. Heidelberg: Springer, 2006.
- HOBSBAWN, Eric. *Era dos extremos – o breve século XX (1914-1991)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HOEREN, Thomas; RODENHAUSEN, Anselm. Constitutional rights and new technologies in Germany. In: LEENES, Ronald. KOOPS, Bert-Jaap. DE HERT, Paul. (orgs.). *Constitutional rights and new technologies*. Haia: TMC Asser Press, 2008, p. 225-263.
- HÜLS, Silke. *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*. Berlin: BWV Berliner-Wissenschaft, 2007.
- JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de Filosofia*. 3 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- JONES, Edward; KOHLER, Rika. The effects of plausibility on the learning of controversial statements. In: *Journal of Abnormal and Social Psychology*, nº 57, 1959, p. 315-320.
- KALB, Luigi. *La “ricostruzione orale” del fatto tra “efficienza” ed “efficacia” del processo penale*. Torino: G. Giappichelli, 2005.
- KAUFMANN, Arthur. *Analogie und “Natur der Sache” – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*. 2 ed. Heidelberg, Hamburg: R.v. Decker & C.F. Müller, 1982.

- KUGELMMANN, Dieter. *Polizei- und Ordnungsrecht*. 2. ed. Heidelberg: Springer, 2012.
- KUHN, Thomas Samuel. *The Structure of Scientific Revolutions*. 2ª ed. Chicago e Londres: University of Chicago Press, 1970.
- LARONGA, Antonio. *La prova documentale nel processo penale*. Torino: UTET, 2004.
- _____. *Le prove atipiche nel processo penal*. Padova: Cedam, 2002.
- LEENES, Ronald; KOOPS, Bert-Jaap; DE HERT, Paul. Introduction, conclusions and recommendations. In: LEENES, Ronald; KOOPS, Bert-Jaap; DE HERT, Paul. (orgs.). *Constitutional rights and new technologies*. Haia: TMC Asser Press, 2008, p. 1-10 e 265-286.
- LIMA, Renato Sérgio de. *A produção da opacidade: estatísticas criminais e segurança pública no Brasil*. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002008000100005, acesso em 20.05.2014.
- LOPES, Mariângela Tomé. Algumas questões controversas acerca do reconhecimento. In: RASCOVSKI, Luiz (coord). *Temas relevantes de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 189-235.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. v. 1 (4ª ed.) e v. 2 (1ª ed.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. *Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- LOPES JR., Aury; DI GESU, Cristina Carla. Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos. In: *Boletim IBCCrim*, ano 15, nº 175, jun. 2007, São Paulo, p. 14-16.
- MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: RT, 2010.
- MAFEO, Vania. Relazione introduttiva. In: MAFEO, Vania (org.). *Il procedimento probatorio nel processo penale*. Napoli: 2006, p. 13-42.
- MAFFEI, Stefano. Ipnosi, poligrafo, narcoanalisi, risonanza magnetica: metodi affidabili per la ricerca processuale della verità? In: NEUBURGER, Luisella de Cataldo (org.). *La prova scientifica nel processo penale*. Padova: CEDAM, 2007, p. 417-428.
- MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

- MANZANO, Luis Fernando de Moraes. *Prova pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2010.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, v. II, ed. rev., atual. e reform. Campinas: Millenium, 2002.
- MARTÍNEZ PÉREZ, Roberto. *Policía judicial y Constitución*. Navarra: 2001.
- MARTINS, Leonardo. Crime organizado, terrorismo e inviolabilidade do domicílio. Sobre o controle de constitucionalidade de novas regras do direito processual alemão e sua relevância para a interpretação do art. 5º, IX, da CF. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 824, n.2, p. 401-437, 2004.
- MASTROGIOVANNI, Maurizio. Le nuove regole per l'assunzione anticipata di mezzi di prova. In: DALIA, Andrea Antonio. FERRAIOLI, Marzia (coords.). *Le innovazioni in tema di formazione della prova nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1998, p. 15-71.
- MAURER, Hartmut. *Staatsrecht I: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen*. 5 ed. München: Verlag C. H. Beck, 2007.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 94-95.
- _____. *Curso de investigação criminal*. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008.
- _____. *Provas no processo penal – estudo sobre a valoração das provas penais*. São Paulo: Atlas, 2010.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal – comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.
- MEYER-GOßNER, Lutz. *Strafprozessordnung*. 51ª ed. Munique: C. H. Beck, 2008.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. Lei 12654: identificação genética ou obtenção constrangida de prova? In: *Jornal Carta Forense*, publicado em 02.07.2012. Acessado no endereço eletrônico <http://www.carteforense.com.br/conteudo/artigos/lei-12654-identificacao-genetica-ou-obtencao-constrangida-de-prova/8838>, em 19.01.2013.
- MONTOYA, Mario Daniel. *Mafia y crimen organizado: aspectos legales, autoría mediata, responsabilidad penal de los aparatos organizados de poder*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.
- MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de. MORAES,

- Maurício Zanoide de (coords.). *Sigilo no processo penal – eficiência e garantismo*. São Paulo: RT, 2008, p. 29-55.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. Reimpressão. Rio de Janeiro: 2009, Lumen Juris.
- NAHUM, Marco Antonio Rodrigues. A repressão ao crime e o antiterrorismo. In: *Boletim IBCCrim*, v. 11, nº 128, julho 2003, São Paulo, p. 2-3.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, v. 2. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PEREIRA, Eliomar da Silva. Criminologia e investigação criminal: abordagem criminológica, tipologias, fenomenologia criminal na investigação. In: *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, v. 2, nº 1, jan.-jun. 2011, p. 31-50. Brasília: Academia Nacional de Polícia, órgão da Polícia Federal.
- PEREZ, Carlos Alberto Navarro. *Declaração de inconstitucionalidade*. A modulação dos efeitos temporais. Teoria constitucional e aplicação. Curitiba: Juruá, 2014.
- PETERSEN, J. K. *Surveillance technologies – spy devices, privacy, history and applications*. 2 ed. Boca Ratón: Auerbach Publications, 2007.
- PRADO, Geraldo. Movimento antiterror. In: *Boletim IBCCRIM*, v. 11, n.n. esp., out. 2003, São Paulo, p. 4-5.
- _____. *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de Direitos Humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013
- RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa do investigado. In: RASCOVSKI, Luiz (coord). *Temas relevantes de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 111-147.
- REMOTTI CARBONELL, José Carlos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: estructura, funcionamiento y jurisprudencia*. Barcelona: Instituto Europeo de Derecho, 2003.
- REISCH, Bruno. *Der Polizeivollzugsbeamte als Ermittlungsperson der Staatsanwaltschaft im Spannungsverhältnis zwischen Strafprozessrecht und Polizeirecht*. Tese de doutorado. Universidade de Saarland: 2007.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão no processo penal como bricolage de significantes*. Tese de doutoramento. Curitiba: UFPR, 2004.
- ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Einführung in das Strafrecht und*

- Strafprozessrecht*. 6 ed. Heidelberg: Müller, 2013.
- ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. 28. ed. Munique: C.H. Beck, 2014.
- SAAD, Marta. Defesa técnica dos presos em flagrante delito. In: *Boletim IBCCrim*. São Paulo, nº 173, abril de 2007.
- _____. Exercício do direito de defesa no inquérito policial. In: *Boletim IBCCrim*. São Paulo, nº 166, setembro de 2006.
- _____. Lei 11.690/2008 e as provas ilícitas por derivação. In: *Boletim IBCCrim*. São Paulo, nº 188, julho de 2008.
- _____. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SAMAHA, Joel. *Criminal procedure*. 8ª ed. Belmont: Wadsworth, 2012.
- SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. *La expansión del Derecho Penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Reimpressão. Madri: Civitas, 2001.
- SANTOS, Célio Jacinto dos. Instigação criminal e inteligência: qual a relação? In: *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, v. 2, nº 1, jan.-jun. 2011, p. 103-131. Brasília: Academia Nacional de Polícia, órgão da Polícia Federal.
- SANTOS, Juarez Cirino. *Crime organizado*. Palestra proferida no 1º Fórum Latino-Americano de Política Criminal, promovido pelo IBCCrim, entre 14 e 17 de maio de 2002, em Ribeirão Preto, SP. Texto disponível em <http://www.juareztavares.com/textos.html>, acessado em 08.05.2013.
- SARAIVA, Wellington Cabral. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para o processo cautelar penal. In: CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas. PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral – questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 151-170.
- SBISÀ, Francesco. Le computer generated evidence: da strumento a prova scientifico-tecnica nel processo penale statunitense. In: CONTI, Carlotta. *Scienza e processo penale*. Milano: Giufrè, 2011, p. 423-442.
- SCARANCE FERNANDES, Antonio. O equilíbrio na investigação criminal. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.
- _____. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Crime organizado – aspectos processuais*. São Paulo: RT, 2009, p. 9-27.

- _____. *O papel da vítima no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. *Processo penal constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. Prova e sucedâneos de prova no processo penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 66. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Sigilo no processo penal – eficiência e garantismo*. São Paulo: RT, 2008, p. 9-28.
- _____. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. Tipicidade e sucedâneos de prova. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Provas no processo penal – estudo comparado*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 13-45.
- SCHENKE, Wolf-Rüdiger. *Polizei- und Ordnungsrecht*. 8 ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2013.
- SCHLACHETZKI, Nikolas. *Die Polizei – Herrin des Strafverfahrens? Eine Analyse des Verhältnisses von Staatsanwaltschaft und Polizei*. Berlim: Mensch & Buch, 2003.
- SCHLINK, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlim: Duncker & Humboldt, 1976.
- SIEBER, Ulrich. Instruments of international law: against terrorist use of the internet. In: WADE, Mariane. MALJEVIC, Almir (ed.). *A war on terror? The european stance on a new threat, changing laws and human rights implications*. Heidelberg: Springer, 2010, p. 171-219.
- _____. *Straftaten und Strafverfolgung im Internet*. Munique: Verlag C. H. Beck, 2012.
- SILVA, Alexandre Alberto Gonçalves. SANCHEZ, Pedro Luis Próspero. A perícia como garantidora dos direitos humanos no século XIX. In: *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*. Ano 14, nº 16 (2010), p. 1-14.
- SILVA, Germano Marques. *Curso de Processo Penal*, v. 1 a 3. Lisboa: Verbo, 2008 (v. 1 e 2) e 2000 (v. 3).
- SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais*, nº 798. São Paulo, 2002, p. 23-50.
- _____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, 2003, p. 607-630.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal*. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999.
- SOARES, Luís Eduardo. PEC-51: revolução na arquitetura institucional da segurança pública. In: *Boletim IBCCrim*, ano 21, nº 252, novembro de 2013, São Paulo, p. 3-5.
- SOBRINHO, Mário Sérgio. *A identificação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de. Busca e apreensão digital: prova penal atípica. In: *Boletim IBCCRIM*, nº 181.
- _____. *O anonimato no processo penal*. Proteção a testemunhas e o direito à prova. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.
- STEFANI, Eraldo. DI DONATO, Fabrizio. *L'Investigazione privata nella pratica penale – guida alla indagine difensiva per avvocati, investigatori privati e consulenti tecnici*. Milano: Giuffrè, 1991.
- STRANO, Rafael Folador. Além das vitrines: reflexões sobre o rolezinho. In: *Boletim IBCCrim*, ano 22, nº 257, abr. 2014, São Paulo, p. 9.
- STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do Direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. et al. *Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>, acesso em 23.08.2014.
- SUN, Guoxiang. *Corruption in China*. Conferência proferida no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Freiburg im Breisgau, 13.08.2014. Arquivos do referido instituto.
- TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2011.
- TAORMINA, Carlo. *Il regime della prova nel processo penale*. Torino: G. Giappichelli, 2007.
- TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici – nozioni generali*. Milano: Giuffrè, 1992.
- THAMAN, Stephen C. (org.). *Exclusionary rules in Comparative Law*. Dordrecht: Springer, 2013.
- TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*. Milano: Giuffrè, 2012.
- TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 4º volume. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978.
- _____. Processo e procedimentos penais. In: Revista dos Tribunais, nº 749, março de 1998, São Paulo, p. 485-501.
- UBERTIS, Giulio. Il contraddittorio nella formazione della prova penale. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.
- _____. La ricerca della verità giudiziale. In: UBERTIS, Giulio (coord). *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1992, p 1-38.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Dos órgãos de polícia criminal – natureza, intervenção, cooperação*. Coimbra: Almedina, 2004.
- VILARDI, Rodrigo Garcia; GÍDARO, Wagner Roby. O crime organizado e o terrorismo na Argentina – instrumentos legais de proteção. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de. MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Crime organizado – aspectos processuais*. São Paulo: RT, 2009, p. 65-85.
- VILLARES, Fernanda Regina; PIZA, Lia Verônica de Toledo. Crime organizado no Peru. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Crime organizado – aspectos processuais*. São Paulo: RT, 2009.
- VOLK, Klaus; ENGLÄNDER, Armin. *Grundkurs StPO*. 8 ed. Munique: C. H. Beck, 2013.
- WADE, Mariane. MALJEVIC, Almir. Introduction. In: WADE, Mariane. MALJEVIC, Almir (ed.). *A war on terror? The european stance on a new threat, changing laws and human rights implications*. Heidelberg: Springer, 2010, p. 1-10.
- WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2014*. Brasília: FLACSO Brasil e Governo Brasileiro. Disponível em http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_JovensBrasil.pdf, com acesso em 29.10.2014.
- WALTER, Tonio. Germany: contribution to the Preparatory Colloquium of the XVIII International Congress of Penal Law. *Revue Internationale de Droit Pénal*. v. 80, edição anual. Toulouse: Éditions Érès, 2009, p. 161-178 do CD-ROM anexo àquela obra.
- WASON, Peter. Reasoning about a rule. In: *Quarterly Journal of Experimental Psychology*, nº 20, 1968, p. 273-281.

- WYSOCKI, Gerhard. *Die geheime Staatspolizei im Land Braunschweig*. Polizeirecht und Polizeipraxis im Nationalsozialismus. Frankfurt am Main: Campus, 1997.
- WUTSCHER, Herbert. *Der Verdacht der Beteiligung an der Tat in § 57 Ziffer 3 RStPO*. Breslau-Neukirch: Alfred Kurtze (vorm. Verlag der Schletter'schen Buchhandlung), 1932.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- _____. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. Parte geral. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ZAGO, Evandro Farid; MINILLO, Xaman Korai Pinheiro. *Consequências da falência de um Estado: pirataria nas águas da Somália*. Disponível em <http://mundorama.net/2008/11/23/consequencias-da-falencia-de-um-estado-pirataria-nas-aguas-da-somalia-por-evandro-farid-zago-xaman-korai-pinheiro-minillo/>, acesso em 04.08.2014.
- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. As provas ilícitas no processo penal brasileiro e no Direito Penal Internacional: duas cabeças, duas sentenças. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (org.). *Proibições probatórias no processo penal*. Análise do Direito brasileiro, do Direito estrangeiro e do Direito internacional. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 89-137.
- _____. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (coord). *Temas relevantes de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 149-171.
- ZONG, Yukun. Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren – Rechtsvergleichende Forschung im chinesischen, deutschen und US-amerikanischen Recht. In: *Strafrechtliche Forschungsarbeiten 2010-2011 des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht*. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Gesellschaft, 2012, p. 8-24, 37 e 78.