

JÜRGEN WOLTER

O INVIOLÁVEL E O INTOCÁVEL
NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova,
proteção de dados (e separação informacional de poderes)
diante da persecução penal

Organização e Introdução

LUÍS GRECO

Tradução

Luís Greco, Alaor Leite, Eduardo Viana



*Coleção***Direito Penal e Criminologia***Direção*

Íñigo Ortiz de Urbina / Ramon Ragués / Luís Greco

Conselho Científico Editorial

Manuel ATIENZA / Carlos BERNAL / Mauro BUSSANI / Jordi FERRER

José María Serna de la GARZA / Luís GRECO / Daniel González LAGIER / Raúl LETELIER

Judith MARTINS-COSTA / Daniel MITIDIERO / José Juan MORESO / Juliana NEUENSCHWANDER

Jordi NIEVA / Eduardo OTEIZA / Ángel Luís Prieto de PAULA / Ramón RAGUÉS

Claudia ROESLER / María SALVADOR / José María Rodríguez de SANTIAGO / Adrian SGARBI

Virgílio Afonso da SILVA / Carlos Ari SUNDFELD / Michele TARUFFO / Íñigo Ortiz de URBINA

O inviolável e o intocável no direito processual penal – Reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da perseguição penal

Jürgen Wolter

Organização e Introdução: Luís Greco*Tradução:* Luís Greco, Alaor Leite, Eduardo Viana*Capa:* Nacho Pons*Produção:* Ida Gouveia / HBLYZ / Oficina das Letras®

Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

1130747

**CIP-Brasil. Catalogação na Publicação
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ**

W849i

Wolter, Jürgen

O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da perseguição penal / Jürgen Wolter ; organização, introdução e tradução Luís Greco ; tradução Alaor Leite, Eduardo Viana. - 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2018.

Tradução de: Menschenwürde und Freiheit im Strafprozeß ; Beweisverbote und Umgehungsverbote zwischen Wahrheitserforschung und Ausforschung ; Datenschutz und Strafprozeß. Zum Verhältnis von Polizeirecht und Strafprozeßrecht

ISBN 9788566722581

1. Direito Penal. 2. Dignidade (Direito). 3. Processo penal. 4. Direito penal internacional. I. Greco, Luís. II. Leite, Alaor. III. Viana, Eduardo. IV. Título. V. Série.

18-51364

CDU: 341.4

© Jürgen Wolter; Luís Greco (Org.)

© MARCIAL PONS EDITORA DO BRASIL LTDA.

www.marcialpons.com.br

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

Abreviaturas	17
Introdução – O inviolável e o intocável no direito processual penal: Considerações introdutórias sobre o processo penal alemão (e suas relações com o direito constitucional, o direito de polícia e o direito dos serviços de inteligência) (<i>Luís Greco</i>).....	21
A. Introdução	21
I. Sobre o presente estudo.....	21
II. Sobre o autor, a coletânea e os estudos nela contidos	23
III. Observações sobre o método de tradução; terminologia.....	27
B. Esclarecimentos prévios.....	29
I. Direito processual penal constitucional	29
II. Estrutura do processo penal alemão	50
C. Anexo: catálogo de julgados e de leis referidas nos textos	68
I. Decisões importantes referidas nos textos	68
II. Dispositivos legais relevantes.....	75
Dignidade humana e liberdade no processo penal (<i>Jürgen Wolter</i>)	83
I. Alcance da dignidade humana no processo penal.....	84
1. Função garantidora dos direitos fundamentais do direito proces- sual e a ordem objetiva de valores subjacente ao capítulo dos direitos fundamentais	84

2. Deveres de proteção do Estado e perigos para os direitos fundamentais; medidas processuais de proteção.....	86
3. Objeto do processo e “esfera intocável da vida privada”	87
II. Persecução penal apesar de violação à dignidade humana.....	90
1. Exemplos da jurisprudência e dos projetos legislativos.....	91
2. Ponderação da “capacidade de funcionamento da justiça penal” com a proteção da dignidade humana à luz dos parâmetros do princípio da proporcionalidade.....	93
3. “Direito fundamental à segurança” e “direito a uma sentença justa”; limites constitucionais imanentes aos direitos fundamentais e enraizamento do indivíduo na comunidade.....	96
4. Exclusão do efeito indireto das proibições de valorar a prova; novas investigações; encontros fortuitos; desvio da finalidade da informação.....	100
III. Sistemática do “indisponível no processo penal” nos termos dos arts. 1 e 79 III GG.....	101
1. Perigo para direito fundamental e violações extremas aos direitos humanos; obtenção de meios de prova por particulares.....	102
2. Defesa contra perigos e violações extremas de direitos humanos	102
3. Direito à vida e à liberdade, liberdade de locomoção e igualdade; direito a ser tratado conforme a dignidade humana na condição de sujeito do processo	103
4. Direitos à privacidade e à autoapresentação pessoal (comunicação; autodeterminação informacional).....	104
5. Renunciabilidade e compensação de posições jurídicas inseridas no âmbito de proteção da dignidade humana	105
6. Possibilidade de gradação apesar da indisponibilidade de posições jurídicas inseridas no âmbito de proteção da dignidade humana	105
7. Sistemática e eficácia horizontal dos direitos fundamentais	106
IV. Conclusão.....	108
Proibições de prova e proibições de circunvenção: entre a busca da verdade e a proibição de devassamento (Jürgen Wolter)	109
1. A mudança na jurisprudência do BGH	109

1. 50 anos de Tribunal do Império – 50 anos do Bundesgerichtshof (BGH) em matéria penal	109
2. Valoração da prova apesar da lesão ao direito ao silêncio?	110
3. Eficiência da justiça penal apesar de devassamento e de violação ao princípio do processo equitativo?	114
4. Limites da reserva de lei?	114
II. Proibições de devassamento e de circunvenção	115
1. Circunvenção dos direitos de recusa a testemunhar	115
2. Circunvenção dos direitos de permanecer em silêncio e de defesa	120
III. Razões para proibição de valorar a prova após obtenção ilícita e lícita da prova: reservas de lei	127
1. A abordagem pragmática do 1º Senado no caso da provocação ..	127
2. A teoria da ponderação (e a teoria da esfera jurídica) do BGH ...	132
3. Excurso: possibilidade de utilização dos conhecimentos depois de medidas de direito de polícia; a perspectiva de conveniência do 2º Senado na transferência de dados e na prevenção	139
4. Razões para proibições de valorar a prova após uma obtenção ilícita da prova	142
5. Proibições de prova após obtenção lícita de prova	146
IV. O desacordo dos diversos Senados do BGH e o isolamento do tribunal	148
V. Linhas mestras de uma teoria (europeia) das proibições de valoração da prova	150

Proteção de dados no processo penal – Sobre a relação entre direito de polícia e direito processual penal (Jürgen Wolter)	159
I. Números (dados de polícia, interceptação telefônica, busca computadorizada padronizada do Serviço Federal de Inteligência)	159
II. Princípios processuais solapados e direitos fundamentais	160
III. Objetivos	163
IV. Problemas desconsiderados	164
1. Competência para o armazenamento e utilização de informações/dados	164

2. Direito à autoapresentação informacional e direito à privacidade	165
3. Bônus de transição e a Lei Federal de Proteção de Dados (Lei Nacional de Proteção de Dados)	167
V. Descuidos e omissões do legislador	168
1. Regras sobre arquivos de computador; vista de autos, busca, MISTRA, DNA, pessoas de confiança.....	168
2. Sistema SISY de informações do ministério público.....	169
3. Sistema de informações policial INPOL e o Projeto de Lei do Ofício Criminal Federal	169
VI. Não-suspeitos no moderno processo penal (Lei de Combate ao Crime Organizado; direito de polícia; Lei sobre o Art. 10)	171
1. Busca computadorizada padronizada e busca-rede de arrastão, Lei sobre o Art. 10 e apreensão.....	171
2. Fiscalização viária, busca em edifícios, parada e comprovação de identidade: proibições de informação e proibições de armazenamento/uso no âmbito de descobertas fortuitas	174
3. Pessoas acompanhantes: proibição de informação e proibição de uso em descobertas fortuitas	176
4. Terceiros inevitavelmente afetados: “renúncia à informação” nas descobertas fortuitas e transmissão de dados	177
VII. Balanço provisório: direitos fundamentais e princípios processuais ignorados; descobertas fortuitas	181
1. Direitos fundamentais e princípios processuais	181
2. Pequena teoria da descoberta fortuita: proibição de informação e renúncia à informação; princípio jurídico subjacente ao delito de não comunicação de crime planejado (§§ 138 e 139 III StGB) ...	183
3. Transferência de dados dos órgãos de segurança para os órgãos de persecução penal (novo § 161 II, III StPO, Projeto de Lei de Reforma do Processo Penal)	185
4. As cinco regras indisponíveis da proteção de dados no processo penal e os contra-interesses preventivos (§ 139 III StGB).....	187
VIII. “Lei de Reforma Processual Penal Restante” (Rest-StVÄG) de 1994, comparação de dados (Datenabgleich), preparação de persecução penal e transferência de dados dos órgãos de persecução penal aos órgãos de segurança.....	188

IX. Investigações proativas e fusão de dados no estágio prévio	192
X. Estado de bem-estar processual penal <i>versus</i> Estado de Direito liberal-absoluto.....	194
XI. Esboço de uma teoria dos direitos fundamentais e do processo penal	199
1. Esfera nuclear dos direitos de liberdade contra direito a segurança (art. 1 I GG).....	199
2. Esfera de ponderação e princípio da proporcionalidade (art. 2 I, 1 I GG)	201
3. Liberdade da investigação preliminar (§ 161 I StPO).....	202
XII. Esboço de uma dogmática e de uma sistemática de uma proteção constitucional de dados	203
1. Direito absoluto de recusar testemunho e imunidades contra apreensões	203
2. Direitos relativos de recusar testemunho e imunidade relativa contra apreensão; vinculação a utilização e finalidade.....	204
XIII. Direito de informação (§§ 477 StPO, 19 Lei Nacional de Proteção de Dados).....	206
XIV. Pequeno intróito sobre a transferência de dados	207
XV. Sistema de direitos de informação e reforma do processo penal até 2015	209