

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PENAL: A IMPORTÂNCIA DE SUA
PRESERVAÇÃO NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS**

José Carlos Cavalcante Junior

Presidente Prudente/SP

2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PENAL: A IMPORTÂNCIA DE SUA
PRESERVAÇÃO NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS**

José Carlos Cavalcante Junior

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Me. Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP

2018

CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PENAL: A IMPORTÂNCIA DE SUA PRESERVAÇÃO NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Me. Rodrigo Lemos Arteiro.

Rodrigo Lemos Arteiro

Marcus Vinicius Feltrim Aquotti

Florestan Rodrigo do Prado

Presidente Prudente/SP, 10/10/2018.

AGRADECIMENTOS

Neste momento único de encerramento de mais uma etapa de minha trajetória, não poderia me furtar à recordação de pessoas essenciais ao atingimento de meus objetivos, tanto profissionais como pessoais.

Primeiramente, faço menção ao Grande Arquiteto do Universo que permitiu que tudo isso acontecesse ao longo de minha vida, e não somente nestes anos como estudante.

A esta Instituição de Ensino, representada pela direção e coordenação, que oportunizaram a janela pela qual hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes.

Ao meu orientador Rodrigo Lemos Arteiro, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos, tendo me inspirado já em meados de 2017 com o desafio que foi enfrentar este tema.

Agradeço a todos os professores por me proporcionar o conhecimento não apenas científico, mas a manifestação do caráter e afetividade da educação no processo de formação profissional, por tanto que se dedicaram a mim, não somente por terem me ensinado, mas por terem me feito aprender. A palavra mestre nunca fará justiça aos professores dedicados aos quais, sem nominar, terão os meus eternos agradecimentos.

Agradeço a minha mãe Erenita, heroína que me deu apoio incondicional, incentivo nas horas difíceis, de desânimo e cansaço.

Ao meu pai, José Carlos, minha referência de homem e profissional, que apesar de todas as dificuldades fortaleceu-me, principalmente neste ano em que fatos inesperados me fizeram refletir como a família é a base de tudo.

Obrigado minha irmã Letícia e sobrinhos, Gabriel e Bruna, que nos momentos de minha ausência, dedicados ao estudo superior, sempre fizeram entender que o futuro é feito a partir da constante dedicação no presente.

Agradeço, ainda, a minha falecida avó, Jandira, que sempre me deu forças mesmo não estando fisicamente presente, servindo-me de inspiração nos momentos de dificuldade pela sua força demonstrada até seu último suspiro.

Meus agradecimentos aos amigos conquistados neste Curso, em especial aos membros do grupo “STF”, que fizeram parte da minha formação e que vão continuar presentes em minha vida, com certeza.

A minha recente, mas não menos importante, amiga Fernanda Bagli, por toda a orientação, colaboração e, principalmente, incentivo para a conclusão deste trabalho.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

A preservação da integridade da cadeia de custódia da prova penal é um dos temas centrais do direito processual penal atualmente. Sua importância ganhou notoriedade nos debates jurídicos, bem como na mídia em geral a partir das grandes operações realizadas, principalmente, pela Polícia Federal, destacando-se a Operação “Lava Jato” nas quais foram investigadas grandes autoridades públicas que praticaram os denominados “crimes do colarinho branco”. Essa dinâmica de embates entre acusação, com todo o aparato do Estado disponível, e defesa, com os melhores escritórios e profissionais do ramo, vieram gerar um interesse maior no assunto e como consequência um aprofundamento da matéria tanto na doutrina como na jurisprudência. Diante desse contexto, a cadeia de custódia da prova penal deve ser respeitada por todos os sujeitos processuais, principalmente aqueles que lidam diretamente com o manuseio e documentação da prova com vistas a preservar a confiabilidade e a transparência da produção da prova pericial até a futura valoração judicial. O presente trabalho tem como finalidade analisar as consequências que a quebra da cadeia de custódia pode ocasionar em todo o processo penal, mais especificamente seus desdobramentos nas interceptações telefônicas, gerando discussões no campo inadmissibilidade das provas ilícitas e consequente desentranhamento destas dos autos. Em um primeiro momento foi abordado de forma introdutória a teoria geral da prova, assim como os princípios mais relevantes no enfoque do trabalho e a importância da prova para o processo. Em seguida, pontuou-se a parte doutrinária da cadeia de custódia, inclusive algumas recomendações de portarias e de consenso entre os institutos de criminalística no manuseio dos vestígios com seu POP – Procedimento Operacional Padrão. Por fim, tratou-se do tema central do trabalho que seria a preservação da cadeia de custódia quando da implementação das interceptações telefônicas, sendo desde a representação por parte da autoridade policial até a sua apreciação na fase instrutória do processo penal, além de tratar de temas atuais como a inviolabilidade de sistemas de trocas de mensagens instantâneas com criptografia ponto a ponto.

Palavras-chave: Cadeia de Custódia. Integridade. Interceptação Telefônica. Prova Penal. Rastreabilidade.

ABSTRACT

The preservation of chain of custody integrity in criminal evidence is one of the central themes of criminal law procedures today. Its importance gained notoriety in legal debates, as well as in the media in general, due to the large operations carried out mainly by the Federal Police, specifically “Lava Jato”, which investigated public authorities who committed White Collar Crimes. This dynamic clash between prosecution, with all State resources at their disposal, and the defense, having the best professionals in their area, has generated a greater interest in the subject and, as a consequence, a deeper study of the matter in both doctrine and jurisprudence. Given this state of affairs, the chain of custody of criminal evidence must be respected by all procedural handlers, especially those who deal directly with the collection and documentation of evidence in order to safeguard both reliability and transparency of the production of expert evidence pending further judicial review. The purpose of this paper is to analyze the consequences of breaking the chain of custody, which may lead to criminal proceedings, more specifically, its developments in telephone interceptions, leading to discussions on the grounds of inadmissibility of the illegal evidence and consequent disregard of these records. At first, the general theory of proof was introduced, as well as the most relevant principles in the current work approach and the importance of evidence to the legal process. Next, the doctrinal part of the chain of custody was included, including some recommendations of ordinances and consensus among the criminalistic institutes in the handling of evidence with its SOP - Standard Operating Procedure. Finally, it was the central theme of the work that supports the preservation of the chain of custody when telephone interceptions were implemented, from the representation by the police authority to its utility in the investigative phase of the criminal process, besides examining issues such as the inviolability of instant messaging systems with point-to-point encryption.

Keywords: Chain of Custody. Criminal Evidence. Integrity. Traceability. Telephone Interception.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 TEORIA GERAL DA PROVA	10
2.1 Terminologia da Prova	11
2.1.1 Destinatários da prova	13
2.1.2 Elementos de prova e resultado da prova	13
2.1.3 Finalidade da prova	13
2.1.4 Sujeitos da prova	14
2.1.5 Fonte de prova, meios de prova e meios de obtenção de prova	15
2.1.6 Objeto da prova	15
2.1.7 Prova emprestada	17
2.2 Ônus da Prova	18
2.2.1 Distribuição do ônus da prova no processo penal	18
2.3 Sistemas de Avaliação da Prova	20
2.3.1 Sistema da íntima convicção do magistrado	20
2.3.2 Sistema da prova tarifada	21
2.3.3 Sistema do livre convencimento motivado (persuasão racional do juiz)	21
2.4 Provas Obtidas por Meios Ilícitos	22
2.4.1 Provas ilícitas e ilegítimas	23
2.4.2 Admissibilidade das provas ilegais	24
2.4.3 Prova ilícita por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada)	25
2.4.4 Teoria da fonte independente	26
2.4.5 Teoria da descoberta inevitável	27
2.4.6 Teoria do encontro fortuito de provas (serendipidade)	28
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS À CADEIA DE CUSTÓDIA	30
3.1 Princípio do Devido Processo Legal	31
3.2 Princípio da Presunção de Inocência (ou da Não Culpabilidade)	33
3.3 Princípio da Busca da Verdade	34
3.4 Princípio do Contraditório	35
3.5 Princípio da Inadmissibilidade das Provas Obtidas por Meios Ilícitos	37
4 CONSIDERAÇÕES DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PENAL	42
4.1 Controle Epistemológico da Prova	47
4.2 Elemento Inspirador para se Legislar Sobre o Tema	49
5 A CADEIA DE CUSTÓDIA NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS	54
5.1 Sistema Guardiã	55
5.2 Considerações da Lei nº 9.296/96 (Lei de Interceptações Telefônicas)	58
5.3 Flagrante Delito com Base em Interceptação Telefônica Ilegal	62
5.4 Perícia Técnica na Identificação de Voz nas Interceptações Telefônicas	64
5.5 Interceptação nas Plataformas de Troca de Mensagens Instantâneas	66
6 CONCLUSÃO	71
7 BIBLIOGRAFIA	73

1 INTRODUÇÃO

A preservação da prova penal, por meio da cadeia de custódia, é essencial para sua validade no decorrer de toda a persecução penal, especialmente no que tange as medidas cautelares que ocorrem fora do processo, tais quais as interceptações telefônicas, foco deste estudo.

Assim sendo, é imensurável a importância da integridade da prova em todas as suas etapas (coleta, acondicionamento, transporte, armazenamento e valoração), tendo início com a investigação e finalizando na fase judicial, pois é por meio da confiança obtida em sua produção que o órgão julgador terá condições de motivar suas decisões. Além do mais, permitirá à defesa fiscalizar todo o caminho percorrido em observância ao princípio do devido processo legal, que é concretizado com procedimentos que garantam a rastreabilidade de eventuais lacunas no decorrer de sua produção, o que pode gerar sua inadmissibilidade.

A busca por uma prova sem vícios, que tenha condições de auxiliar o magistrado em seu livre convencimento motivado, transpõe necessariamente pelo respeito à cadeia de custódia. Quer-se evitar arbítrios por parte do Estado na manipulação indevida da prova, tendo em vista interesses obscuros dos sujeitos processuais envolvidos, ora para incriminar, ora para inocentar alguém, além de eventuais falhas inerentes ao ser humano.

Neste sentido, adotar procedimentos que garantam uma maior credibilidade do conjunto probatório é fundamental para que não se fique refém da mera presunção de boa-fé dos agentes do Estado, permitindo a confiabilidade e transparência da produção da prova até o término do processo.

A proposta apresentada pelo referido trabalho consiste, primeiramente, na violação de princípios constitucionais nas interceptações telefônicas, abordando-se teses utilizadas pela defesa que visam à inadmissibilidade de provas, em tese, ilícitas, pelo constrangimento epistemológico da cadeia de custódia. Temas como acesso integral do material colhido, necessidade de perícia oficial nas degravações, transcrição completa dos áudios interceptados, ordem judicial para acesso a conteúdo de *smartphones* foram aprofundadas com posicionamentos de recentes julgados nos tribunais superiores.

Ademais, para sedimentar as bases da metodologia, foram realizadas pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, através do método dedutivo, a partir de

premissas gerais relacionadas ao tema para tratar do instituto específico da cadeia de custódia, aplicada à interceptação telefônica, sendo esta utilizada como meio de prova tanto em investigações criminais quanto em instruções processuais penais.

Desta forma, o trabalho abordou a preservação do material colhido nas interceptações telefônicas, desde a representação por parte da autoridade policial até a sua apreciação na fase instrutória do processo penal, tendo como objetivo demonstrar a importância da cadeia de custódia nesta medida cautelar preparatória que mitiga direitos fundamentais, em especial à privacidade.

Neste contexto, ganha relevância o tema do presente trabalho, qual seja a cadeia de custódia da prova penal.

2 TEORIA GERAL DA PROVA

O processo penal tem como objetivo demonstrar, da maneira mais fidedigna possível, os fatos ocorridos tendo em vista auxiliar na formação da convicção do magistrado na solução da demanda penal, de modo a oferecer uma certeza processual.

Observa-se que, a prova ocupa papel fundamental no contexto processual penal, sendo o instrumento pelo qual se forma a convicção do magistrado a respeito dos fatos, de modo a garantir a efetivação da verdade real.

Sobre a referida importância da prova no processo, menciona Fernando Capez (2009, p. 297):

Sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto.

Fernando da Costa Tourinho Filho (2005, p. 213) explica que:

Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Entendem-se também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos.

Para tanto, as partes se valem do conjunto probatório que foi produzido nos autos tendo em vista a busca da legalidade contida no processo penal.

A finalidade precípua da prova é demonstrar elementos para instrução e ao final convencimento do julgador, de modo a conduzir o magistrado sobre a veracidade dos fatos.

Neste sentido, ao discorrer sobre a finalidade da prova, Vicente Greco Filho (2009, p.186):

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.

Ressalta-se ainda que, a fim de possibilitar a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado, a busca da certeza absoluta só será possível quando a prova for de qualidade, produzida observando os ditames legais e processos rígidos na sua formação, uma vez que, a condenação do réu somente será possível diante da certeza quanto a sua culpabilidade.

Neste contexto, embora a doutrina cite como principal finalidade o convencimento do magistrado, é possível analisar-se e pontuar, de maneira crítica, que a prova é o grande alicerce processual, pois se baseia na comprovação da existência do delito, desde que reunido conjunto probatório amplo.

Contudo, no presente capítulo serão elencados conceitos introdutórios sobre a teoria geral prova, definindo seus aspectos mais relevantes sobre o tema para posteriormente se adentrar na parte principiológica.

2.1 Terminologia da Prova

O termo prova origina-se do latim *probatio* cujo significado é exame, verificação, confirmação, confronto, inspeção, exame, argumento, razão ou aprovação. Dele deriva o verbo *probare*, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar.

Diante das várias acepções que a palavra prova pode ter, este estudo foi direcionado a fim de evidenciar os instrumentos utilizados dentro do processo de maneira idônea e com o respectivo contraditório, ou seja, demonstrar ao magistrado elementos para instrução e em sua íntima convicção quanto à existência ou não de um fato.

O Código de Processo Penal (CPP) traz uma distinção importante quanto à terminologia, diferenciando “prova” de “elementos informativos” (em seu artigo 155). O primeiro faz referência ao que foi produzido dentro do processo judicial com a participação das partes e o devido respeito ao contraditório judicial (podendo ser, inclusive, diferido) e a ampla defesa. Já os elementos de informação são obtidos na fase inquisitiva, isto é, durante as investigações da polícia judiciária ou do próprio órgão acusador, sem a devida dialética das partes e o manto do contraditório e da ampla defesa.

Apesar desta falta de debate judicial, os elementos informativos têm sua importância, já que — em boa parte dos casos — vão subsidiar medidas cautelares

imprescindíveis para o êxito das investigações. Contudo, o debate doutrinário que se faz é quanto à possibilidade de se utilizar tais informações pelo magistrado em uma sentença condenatória, pois, ao menos em tese, estariam desrespeitando os preceitos constitucionais já mencionados. Em que pese o assunto ser divergente, prevalece nos tribunais superiores que os elementos informativos podem ser usados de maneira subsidiária ao que está no processo.

Nesta perspectiva, o próprio artigo 155 põe fim ao debate ao prever a possibilidade de o juiz utilizar os elementos informativos para sua convicção quando se tratar de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, conforme segue: “[...] não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

Ocorre que, as *provas cautelares* correm o risco de perecimento com o passar do tempo, razão pela qual têm o contraditório efetivado posteriormente. Ademais, precisam de autorização judicial, em regra, e podem ser produzidas durante as investigações ou no curso do processo judicial. Cita-se como exemplo as interceptações telefônicas que, por sua natureza, necessitam do elemento surpresa para que se tenha um resultado útil ao processo, inviabilizando a ciência do investigado sobre sua existência.

A *prova não repetível* tem sua fonte probatória mais sensível, motivo pelo qual, uma vez produzida, não há mais como se ter a mesma prova nas mesmas condições daquela inicialmente colhida. Em regra, não precisam de autorização judicial e podem ser produzidas em qualquer fase da persecução penal. As presunções mais clássicas são os vestígios colhidos no local do crime. Neste exemplo, a cadeia de custódia ganha especial relevância, pois se trata de um processo sistemático em que os envolvidos precisam estar muito bem preparados e equipados, a fim de evitar sua contaminação e inutilização posteriormente.

Pelo exposto, ao contrário dos dois tipos anteriores em que o contraditório era diferido, a *prova antecipada* é produzida na presença do juiz, mas, devido a sua relevância e urgência, é confeccionada em momento diferente do previsto em lei, podendo ser inclusive na fase investigatória. Em suma, cita-se o testemunho de pessoa enferma internada em estado crítico, de forma que não se sabe se será possível sua participação no momento adequado. Frisa-se que, neste caso,

há a participação das partes sob o crivo do contraditório e possuirá o mesmo valor das demais provas produzidas na instrução.

Por derradeiro, a prova deve ser analisada pelo órgão colegiado sob a perspectiva temporal, considerando-se o momento de sua produção e quando da participação das partes.

2.1.1 Destinatários da prova

O destinatário da prova, por excelência, é o órgão jurisdicional competente que vai apreciar a prova, podendo ser o juiz de primeiro grau ou o tribunal.

Entretanto, há quem defenda na doutrina que o órgão ministerial, como titular da ação penal pública, também seria destinatário da prova, porque tudo o que foi produzido na fase inquisitiva tem o condão de formar a sua opinião delitiva.

Ocorre que, como já explanado, o termo “prova”, tecnicamente, só deveria ser utilizado na fase processual (salvo os casos já vistos – prova cautelar, não repetível e antecipada), pois nas investigações há somente elementos de informação que servem de maneira complementar a todo o conjunto probatório produzido.

Logo, refuta-se a tese da prova ter como destinatário o Ministério Público quando se preza pela tecnicidade dos termos já que as leis não trazem palavras inúteis.

2.1.2 Elementos de prova e resultado da prova

Como bem conceitua Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 796), “elementos de prova são todos os dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa”.

Pontua-se que, devem ser usados pelo magistrado vários elementos probatórios na formação de sua convicção, que se dará por meio de sua atividade intelectual, a fim de alcançar um resultado que seja condizente com o apesentado nos autos.

2.1.3 Finalidade da prova

A finalidade da prova é simplesmente colaborar na formação da íntima convicção do magistrado, de modo a evidenciar a veracidade de um fato, isto é, demonstrar e convencer o órgão julgador de que os fatos realmente ocorreram, ou não, da forma como fora alegado.

Segundo Tourinho Filho (2009, p. 487):

É o Juiz quem vai dizer se o acusado é culpado ou inocente, e para tanto ele precisa saber o que realmente aconteceu, quando e como aconteceu. Seu trabalho se equipara ao de um historiador que procura, com os meios que dispõe, reconstruir fatos passados. Assim, a finalidade das provas é mostrar para o Julgador o que realmente ocorreu, para que ele faça um juízo de valor e procure restaurar, na medida do possível, a verdade real.

Apesar de todo o esforço das instituições democráticas em demonstrar ao juiz a verdade dos fatos, reconstruindo-os fidedignamente e observando a cadeia de custódia, não é possível alcançar a verdade real.

Conforme Fernando Capez, a prova se destina à formação da convicção do juiz acerca dos elementos essenciais para o deslinde da causa (2009, p. 297).

Contudo, a realidade produzida deve ser o mais fiel possível e, para tanto, destaca-se a cadeia de custódia.

2.1.4 Sujeitos da prova

Quanto ao sujeito, as provas podem ser classificadas em pessoais ou reais, tratando-se das pessoas ou coisas de onde emanam a prova. Enquanto a prova pessoal consiste na afirmação ou certificação de um fato do processo, a prova real recai sobre o que a “coisa” pode atestar.

Por sua natureza, a prova real atesta de maneira impessoal um fato importante ao processo, não possuindo qualquer influência de espírito sobre este. Cita-se uma fotografia, uma pegada, um cadáver, uma arma de fogo etc.

Por outro lado, a prova pessoal, ou moral, releva de maneira consciente a impressão de uma pessoa a respeito de um fato, podendo sofrer diversas influências do meio o qual está subordinada, como é o caso de testemunhos na fase instrutória que são produzidos depois de anos dos fatos, refletindo diretamente na retratação da verdade.

2.1.5 Fonte de prova, meios de prova e meios de obtenção de prova

Considera-se fonte de prova as pessoas ou coisas das quais é possível se extrair a prova.

Assim sendo, após o fato delituoso e antes do início do processo, aquilo que possa ser utilizado para convencer o magistrado sobre a ocorrência de um fato é classificado como fonte de prova, podendo ser pessoal (peritos, testemunhos) ou real (documentos).

A sua incorporação das fontes de prova ao processo se dará pelos meios de prova. Estes são os instrumentos idôneos utilizados para introduzir uma prova aos autos. Tais meios já têm a característica de serem endoprocessuais, pois há participação dialética das partes na presença do juiz sob o crivo das garantias constitucionais. Exemplificando, a análise do perito em uma cena de crime e sua posterior exteriorização no laudo pericial será fonte de prova, com a introdução ao processo por meio dos esclarecimentos ao perito durante a audiência instrutória.

Preconizando este mesmo entendimento, não se deve confundir meios de prova com meios de investigação de prova. Ocorre que, estes dizem respeito a procedimentos que visam obter provas concretas e são regulados em lei. Há diversos exemplos, como a interceptação telefônica, busca domiciliar, ação controlada e infiltração de agentes, entre outros.

Todavia, diferenciar meios de prova de meios de obtenção de prova ganha relevância quanto a suas consequências. Eventuais irregularidades nos meios de obtenção de prova geram nulidade da prova produzida justamente por estarem dentro do processo. Por outro lado, eventual vício na obtenção da prova acarreta sua inadmissibilidade, com posterior desentranhamento dos autos.

2.1.6 Objeto da prova

Sinteticamente, objeto de prova é toda circunstância, fato ou alegação capaz de influir na decisão do processo.

Em processo penal, o que se busca é provar o conteúdo da peça inicial acusatória, pois a comprovação do que foi alegado cabe à acusação; do contrário, rege o princípio da presunção de inocência.

Além disso, é considerado objeto de prova o direito consuetudinário, a existência de regulamentos e portarias, direito estrangeiro, estadual e municipal, além dos fatos não contestados, diferentemente do que ocorre no processo civil. Neste último caso, exemplificando, tem-se a confissão que não pode ser presumida no processo penal, devendo ser confrontada com as demais provas do processo conforme dispõe o artigo 197 do Código de Processo Penal.

Fernando Capez (2009, p. 297), com a clareza que lhe é peculiar, ao conceituar objeto da prova, assim pontificou, *in verbis*:

[...] toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo.

Apesar de alguns entendimentos no sentido de que o objeto da prova seriam os fatos que interessam ao processo, cabe afirmar que, este seria a verdade ou falsidade dos fatos apreciados pelo magistrado na solução do litígio, isto é, as afirmações feitas pelas partes durante a dialética processual.

Conforme Greco Filho (2009, p. 187):

Em primeiro lugar, apenas os fatos pertinentes ao processo é que suscitam o interesse da parte em demonstrá-los; os fatos impertinentes, isto é, não relacionados com a causa, devem ter sua prova recusada pelo juiz, sob pena de se desenvolver atividade inútil. Além de pertinentes, só devem ser provados os fatos relevantes, que são os que podem influir, em diferentes graus, na decisão da causa. Os fatos irrelevantes são, na realidade, também impertinentes.

Tal entendimento novamente se influi do princípio da busca da verdade, o qual seria impossível à reconstrução histórica dos fatos no processo.

Por fim, não serão objeto de prova os fatos públicos e notórios, de conhecimento da população medianamente informada de uma determinada localidade; fatos axiomáticos ou intuitivos que são aqueles evidentes; fatos inúteis ou irrelevantes que nada acrescentam a discussão da causa; e as presunções legais, afinal o juiz conhece o direito.

Discorrendo sobre os fatos, diferentemente das presunções absolutas (como o menor de 18 anos ser inimputável), as presunções relativas admitem prova

em sentido contrário como é o caso da imputabilidade do maior de 18 anos, por exemplo.

2.1.7 Prova emprestada

No processo penal, as provas devem ser propostas, admitidas e produzidas especificamente para demonstrar a presença ou não dos elementos do crime.

Aury Lopes Júnior (2016, p. 292) exemplifica de maneira ímpar o conceito de prova emprestada dizendo ser “aquela obtida a partir de outra, originariamente produzida em processo diverso”.

Preconizando este mesmo entendimento, a prova tem o mesmo valor da prova original, apesar de ser introduzida ao processo como prova documental. Logo, no caso de um depoimento produzido no processo inicial ser trazido aos autos de outro processo como prova documental, este terá validade de prova testemunhal.

Não obstante, para que a prova emprestada tenha validade no segundo processo, é imprescindível o respeito ao contraditório e à ampla defesa, devendo a parte que será submetida à prova ter participado do processo inicial.

Diante do exposto, na lição de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2015, p. 639):

A eficiência da instrução criminal e a colaboração da justiça levam à admissibilidade do empréstimo probatório. Compartilhar provas entre processos pode ser de grande utilidade, mas não pode se tornar um expediente de comodidade. Havendo justificativa plausível, o empréstimo será oportunizado. Pode ser patrocinado o empréstimo probatório até mesmo de um processo cível a um criminal.

Entretanto, não se pode perder de vista que a questão merece destaque é em relação à possibilidade de uso da prova emprestada, devidamente produzida em um processo criminal, em um processo administrativo e/ou civil.

É oportuna a transcrição de parte dos fundamentos do arresto citado, para evidenciar o posicionamento da Suprema Corte¹, *verbis*:

¹ Inq 2424 QO-QO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2007, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00055 EMENT VOL-02286-01 PP-00152 RTJ VOL-00205-02 PP-00656.

EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedente. Voto vencido. **Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova.** (grifo nosso).

Ademais, alguns requisitos devem ser observados: mesmas partes, mesmo fato, contraditório no processo inicial e respeito ao formalismo na instrução probatória.

2.2 Ônus da Prova

Ônus da prova é o encargo facultativo atribuído à parte interessada de se provar aquilo que alega. Com efeito, o artigo 156 do Código de Processo Penal disciplina que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]”.

Neste sentido, não se trata de um dever ou uma obrigação processual, mas um direito potestativo unilateral da parte que, em caso de descumprimento, não acarreta uma sanção, cabendo à parte suportar apenas as consequências negativas de sua decisão.

Nos dizeres de Renato Brasileiro (2016, p. 817):

[...] ônus da prova é o encargo que as partes têm de provar, pelos meios legais e moralmente admissíveis, a veracidade das afirmações por elas formuladas ao longo do processo, resultando da sua inação uma situação de desvantagem perante o direito.

Define-se, no entendimento de Aranha (2006, p. 8), o ônus *probandi* como sendo “o encargo que têm os litigantes de provar, pelos meios admissíveis, a verdade dos fatos, conforme for a distribuição de tal imposição”.

2.2.1 Distribuição do ônus da prova no processo penal

Debate-se na doutrina a maneira como será feita a distribuição do ônus da prova entre acusação e defesa, prevalecendo a posição que defende uma efetiva distribuição entre estas partes, ao contrário da corrente minoritária que sustenta o ônus da prova como sendo exclusivo da defesa.

Na visão de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2017, p. 648):

A prova da alegação é incumbida a quem a fizer (art. 156, 1ª parte, CPP), e se tem indicado que a divisão do ônus da prova entre acusação e defesa levaria a que a primeira demonstrasse a autoria; materialidade (existência da infração); dolo ou culpa e eventuais circunstâncias que influam na exasperação da pena. Já a defesa estaria preocupada na demonstração de eventuais excludentes de ilicitude; de culpabilidade; causas de extinção da punibilidade e circunstâncias que venham a mitigar a pena.

Dúvida que surge é de qual seria o grau de convencimento que as provas produzidas pela acusação e pela defesa teriam na formação da convicção do órgão julgador. Quanto à acusação não há dúvidas, pois vigora o princípio da presunção de inocência e, dessa forma, a prova tem que influir em juízo de certeza por parte do magistrado tendo em vista uma condenação, não se sustentando em um Estado Democrático de Direito meras induções não validadas na instrução.

Em relação à defesa destaca-se o artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal que diz “existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência”. Por isso, a defesa não precisa provar cabalmente a existência das teses que lhe incubem, servindo apenas uma dúvida razoável para inocentar o réu.

Por outro lado, há uma corrente que — embora ainda minoritária — tem ganhado força nos últimos anos, qual seja o ônus da prova é exclusivo da acusação. Para seus defensores, diante do princípio do *in dubio pro reo* e à luz dos preceitos constitucionais, caberia à acusação comprovar eventuais excludentes de ilicitude e de culpabilidade, causas de extinção da punibilidade e circunstâncias que venham a mitigar a pena.

Contudo, esse ônus da acusação somente existiria se tal tese fosse alegada pela defesa, pois não surgindo ao menos uma dúvida razoável de sua ocorrência, não há necessidade probatória.

Além disso, deve-se levar em consideração que o Estado, representado pelos órgãos persecutórios que dispõe de toda a estrutura para demonstrar a verdade

dos fatos, tem muito mais condições que a defesa técnica, que na maioria das vezes não é constituída.

2.3 Sistemas de Avaliação da Prova

Neste tema, busca-se saber qual o grau de liberdade que o juiz tem ao analisar o conjunto probatório disponível, estando ou não vinculado a ele.

Os sistemas de avaliação da prova determinam o comportamento do magistrado diante de tudo que foi introduzido ao processo, servindo como uma forma de controle da atividade jurisdicional devido ao elevado grau de subjetivismo próprios de sua decisão.

O sistema de provas é o critério utilizado pelo juiz para valorar as provas dos autos, alcançando a verdade histórica do processo. Três foram os principais sistemas adotados (RANGEL, 2015, p. 515).

2.3.1 Sistema da íntima convicção do magistrado

Este sistema dá ampla liberdade ao juiz para decidir da forma que melhor lhe convém, não sendo obrigado nem mesmo a fundamentar suas decisões. Assim, sua decisão pode se pautar ao que foi produzido nos autos ou não, sendo que até mesmo contra o que foi cabalmente demonstrado durante a fase instrutória, isso se ela sequer existir.

A única vantagem que se vislumbra deste sistema de avaliação da prova é que o juiz muitas vezes consegue promover a justiça das decisões, pois em boa parte dos casos a verdade por mais evidente que seja não consegue ser provada no decorrer do processo. Contudo, esta linha entre a justiça e a arbitrariedade é muito tênue, não sendo concebível em um Estado Democrático de Direito essa ampla liberdade a uma única pessoa.

Evidentemente, não foi esse o sistema adotado no ordenamento brasileiro, pois a própria Constituição Federal prevê em seu artigo 93, inciso IX, que todas as decisões do Judiciário deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade. No entanto, uma ressalva deve ser feita em relação ao tribunal do júri, pois no Conselho de Sentença os jurados não precisam fundamentar suas decisões, sendo um preceito constitucional o sigilo das votações, tratando-se de um resquício deste sistema no ordenamento brasileiro.

2.3.2 Sistema da prova tarifada

Tal sistema equipara o magistrado a uma espécie de matemático, já que ele fica vinculado ao valor das provas previamente estipulado pelo legislador. Nele, com viés do sistema inquisitivo, a confissão era tida como a “rainha das provas”, sendo absoluta em detrimento das demais, por mais absurda que seja, dando ampla margem a arbítrios do Estado, incluindo extorsões, ameaças, corrupções.

Este também não foi o sistema adotado no regramento pátrio, mas há resquícios de sua utilização no próprio Código de Processo Penal.

Cita-se, a título de exemplo, dois artigos, quais sejam o artigo 155, parágrafo único, que diz: “Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”, e o artigo 158, segundo o qual: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

Neste último caso, o legislador vinculou a existência de crimes materiais (que deixam vestígios) à realização do exame de corpo de delito, mas — caso não seja possível diante do perecimento — a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

2.3.3 Sistema do livre convencimento motivado (persuasão racional do juiz)

Neste, o magistrado tem total liberdade para decidir, desde que fundamentadamente, com base no conjunto probatório produzido no processo. Além do mais, aqui as provas não têm hierarquia, devendo o magistrado justificar sua utilização ou não.

Com isso, trata-se de um meio termo entre os dois sistemas anteriores, pois sua discricionariedade está vinculada ao que foi produzido nos autos e sua necessidade de fundamentação permite um posterior controle em grau de recurso.

Em regra, é o sistema adotado no Brasil em termos processuais, apesar das exceções já abordadas, que são resquícios dos demais sistemas. Sua previsão está no artigo 155 do Código de Processo Penal que diz:

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.

Diante do exposto, pode-se inferir algumas conclusões ou efeitos deste sistema: toda prova tem valor relativo; o juiz deve avaliar todas as provas produzidas no processo, ainda que para rejeitá-las; o magistrado está vinculado ao que está nos autos.

2.4 Provas Obtidas por Meios Ilícitos

A própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, estabelece limitações ao direito à prova dizendo que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Evidentemente, em um Estado Democrático de Direito, a verdade não pode ser almejada em detrimento de outros direitos constitucionais.

Como brilhantemente abordado pelo Min. Celso de Mello, no julgamento do RHC 90376²:

A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "dueprocessoflaw", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum".

Não obstante, mesmo a inadmissibilidade das provas ilícitas ter fulcro constitucional, tal previsão encontra limitações a depender do caso concreto.

Oportuno ressaltar o magistério de Alexandre de Moraes, *in verbis*:

[...] essa atenuação prevê, com base no Princípio da Proporcionalidade, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, devendo permitir-se sua utilização (MORAES, 2006).

² RHC 90376, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL-02276-02 PP-00321 RTJ VOL-00202-02 PP-00764 RT v. 96, n. 864, 2007, p. 510-525 RCJ v. 21, n. 136, 2007, p. 145-147.

Sua recente flexibilização, com forte influência americana, tem gerado intensos debates doutrinários e jurisprudenciais onde os principais pontos serão tratados neste subtítulo.

2.4.1 Provas ilícitas e ilegítimas

Diante da ausência de conceituação no texto constitucional, provas ilegais, a saber, desdobram-se em provas ilícitas e provas ilegítimas.

Neste sentido, a doutrina de Aranha (2006, p. 64) aclara que “a prova que é em si mesma lícita, mas produzida através de um meio ilegal, a despeito de ser regular, contaria com o vício de origem que a contamina irremediavelmente”.

A Constituição Federal aponta em seu artigo 5º, inciso LVI, a expressa vedação às provas obtidas ilicitamente, contudo, não traz a definição de tais meios probatórios, incumbindo a legislação infraconstitucional e a doutrina elencar a sua definição.

Serão materializadas ilícitas quando violar a norma de direito material, podendo ser no âmbito constitucional ou penal. A título de exemplo estão a inviolabilidade das comunicações telefônicas, a inviolabilidade do domicílio, a inviolabilidade da intimidade, dentre outras inviolabilidades. Ademais, em regra, sua colheita ocorre fora do processo.

Faz-se necessário estabelecer que as provas ilegítimas se configuram quando há violação do direito processual, também podendo ser constitucional ou penal. A exemplo disso é o esquecimento do juiz em compromissar uma testemunha ao arrepio do artigo 203 do Código de Processo Penal. Ao contrário das provas ilícitas, sua produção se dá, em regra, dentro do processo.

Ainda analisando o tema, o sistema brasileiro incorporou a inadmissibilidade das provas ilícitas com a Lei nº 11.690/08, a qual alterou o artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal, ao definir legalmente seu conceito prevendo que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. A redação dada pelo legislador sofre diversas críticas, principalmente por não diferenciar os conceitos abordados acima, aparentemente considerando as provas ilícitas como gênero.

A doutrina de Greco Filho (2009, p.190) corrobora o assunto neste sentido:

Quando se diz de ilicitude da prova não há necessidade de se apontar norma constitucional ou legal violada. A ilicitude decorre do sistema global da ordem jurídica, de modo que devemos entender como ilícita a obtenção que viole a ordem jurídica, não necessariamente a escrita na Constituição ou em lei formal.

Em razão do exposto, o posicionamento doutrinário mais concreto sobre o tema é aquele que faz uma análise restritiva do termo, devendo ser ilícitas somente as normas de direito material, enquanto as nulidades tratariam das provas ilegítimas de cunho processual.

2.4.2 Admissibilidade das provas ilegais

Ao enfrentar este tema há de se ponderar dois fatores: a busca da verdade a qualquer preço em prol da justiça das decisões e a proteção das garantias e direitos fundamentais.

Inicialmente, faz-se necessário analisar como a busca pela famigerada verdade real gerava um desequilíbrio o qual a admissibilidade das provas ilícitas seria possível, devendo seus responsáveis responder no âmbito penal, administrativo e civil. Em um segundo momento, entendia-se que quando da ocorrência de uma prova ilícita, esta deveria ser desentranhada dos autos por meio do chamado direito de exclusão (de origem norte-americana).

O ordenamento jurídico brasileiro, com forte influência estadunidense, adotou a inadmissibilidade das provas ilícitas, assim como as ilegítimas, não sendo o caso de nulidade no primeiro caso e, nas ilegítimas, a prova estaria sujeita ao reconhecimento da nulidade e sua consequência ineficácia no processo.

Este entendimento advém do artigo 157, § 3º, do Código de Processo Penal, a saber: “Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente”.

Ressalta-se que há quem entenda, inclusive na jurisprudência, que o órgão julgador poderia flexibilizar a inadmissibilidade das provas ilícitas no caso concreto quando, em uma ponderação principiológica, a verdade e a justiça

prevalecerem. Neste passo, surgiram diversas teorias no ordenamento jurídico pátrio com vistas, eventualmente, a mitigar o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.

No entanto, não é o que prevalece na doutrina. Neste sentido, cabe mencionar o que preceitua Ada Pellegrini Grinover:

[...] Nesta colocação, não parece aceitável (embora sugestivo) o critério da 'razoabilidade' do direito norte-americano, correspondente ao princípio de 'proporcionalidade' do direito alemão, por tratar-se de critérios subjetivos, que podem induzir interpretações perigosas, fugindo dos parâmetros de proteção e inviolabilidade da pessoa humana. A mitigação do rigor da admissibilidade das provas ilícitas deve ser feita através da análise da própria norma material violada [...].

2.4.3 Prova ilícita por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada)

A Suprema Corte Americana usou de a expressão popular “frutos da árvore envenenada” para definir uma teoria que tinha como objetivo não admitir dentro do processo, não somente as provas originalmente ilícitas, mas também aquelas que desta derivavam. Logo, visando desestimular o encorajamento a artifícios nada republicanos, criou-se a presente teoria que também considera ilícita aquela prova, que embora formalmente lícita, originou-se de uma ilícita.

Neste sentido, Renato Brasileiro de Lima diz (2016, p. 841):

Provas ilícitas por derivação são os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal.

Um dos exemplos mais festejados na doutrina é o caso do agente policial que, mediante tortura, obtém uma confissão que irá embasar a obtenção de um mandado de busca e apreensão para um local em que se encontra uma pessoa sequestrada ou até mesmo que em esteja armazenando drogas. Em que pese à violação do local estar amparada pela medida cautelar, seu efetivo resultado não pode ser utilizado, por ter derivado de uma prova ilícita, qual seja a tortura.

No Brasil, a teoria de imediato ganhou certa resistência, no sentido de que somente poderiam ser consideradas provas ilícitas aquelas em si mesmas, e não as derivadas, devendo estas ser tratadas como elementos de informação. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar novamente o tema, adotou a presente teoria

que foi incorporada no ordenamento jurídico pátrio com a Lei nº 11.690/08, que introduziu no parágrafo primeiro do artigo 157: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Por fim, sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 34–35) ensina que:

[...] O sistema de prova ilícita por derivação comporta exceções. Admite-se a prova derivada em duas situações: a) quando não evidenciado o nexo de causalidade entre elas (derivada e ilícita); b) quando a derivada puder ser obtida por uma fonte independente da primeira, considerada lícita. Na realidade, as duas exceções legais não configuram provas ilícitas por derivação. A primeira hipótese é nítida e a segunda, embora menos clara, mostra o mesmo quadro [...].

2.4.4 Teoria da fonte independente

Do mesmo jeito que o sistema jurídico americano posicionou-se no sentido de não se admitir o uso de provas ilícitas, também acabou criando teorias que buscavam flexibilizar esta rigidez a depender do caso concreto.

Aqui, recorre-se novamente ao magistério de Renato Brasileiro (2016, p. 845) que define a teoria da fonte independente dizendo:

[...] se o órgão de persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde qualquer relação de dependência, nem decorra da prova originalmente ilícita, com esta não mantendo vínculo causal, tais dados probatórios são admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

Para sua aplicação é necessário comprovar de forma inequívoca que a prova é totalmente desvinculada das ilícitas, pois qualquer dúvida de um possível nexo causal há de se pender em favor do réu e sua não utilização no processo. Para tanto, o magistrado deve analisar as provas contidas nos autos com muita cautela para que consiga fundamentar sua decisão de maneira clara e precisa com base naquela prova.

Tal teoria também tem previsão no Brasil, conforme artigo 157, § 1º, parte final, do Código de Processo Penal: “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”, bem como no § 2º do mesmo artigo, a saber:

“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”.

O Supremo Tribunal Federal também tratou do tema no amplamente divulgado “Caso Mensalão”³:

SÉTIMA PRELIMINAR. DADOS DE EMPRÉSTIMO FORNECIDOS PELO BANCO CENTRAL. PEDIDO DIRETO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REQUISIÇÃO FEITA PELA CPMI DOS CORREIOS. POSTERIOR AUTORIZAÇÃO DE COMPARTILHAMENTO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INSTRUÇÃO DO INQUÉRITO. LEGALIDADE. Não procede a alegação feita pelo 5º acusado de que os dados relativos aos supostos empréstimos bancários contraídos com as duas instituições financeiras envolvidas teriam sido colhidos de modo ilegal, pois o Banco Central teria atendido diretamente a pedido do Procurador-Geral da República sem que houvesse autorização judicial. Tais dados constam de relatórios de fiscalização do Banco Central, que foram requisitados pela CPMI dos Correios. No âmbito deste Inquérito, o Presidente do Supremo Tribunal Federal determinou o "compartilhamento de todas as informações bancárias já obtidas pela CPMI dos Correios" para análise em conjunto com os dados constantes destes autos. Por último, o próprio Relator do Inquérito, em decisão datada de 30 de agosto de 2005, decretou o afastamento do sigilo bancário, desde janeiro de 1998, de todas as contas mantidas pelo 5º acusado e "demais pessoas físicas e jurídicas que com ele cooperam, ou por ele são controladas. Preliminar rejeitada.

Neste caso, apesar de o Procurador Geral de Justiça ter quebrado diretamente os dados bancários de maneira, em tese, ilegal, a Suprema Corte decidiu pela validade da prova, pois tais provas teriam sido obtidas pela Comissão Parlamentar de Inquérito que também apreciava o caso, razão pelo qual se descartou a teoria da prova ilícita por derivação.

2.4.5 Teoria da descoberta inevitável

O § 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal, já citado, faz alusão ao conceito do que seria fonte independente. No entanto, há entendimento doutrinário de que houve uma atecnia do legislador, pois este dispositivo, na verdade, estaria tratando da limitação da descoberta inevitável.

A presente teoria preconiza que, se for demonstrado inequivocamente que a prova obtida, apesar de ser derivada da ilícita, fosse obtida de um jeito ou de

³ STF – Inq: 2245 MG, Relator: JOAQUIM BARBOSA. Data de Julgamento: 27/08/2007, Tribunal Pleno, Data da Publicação: Dje- 139 DIVULG 08-11-2007 PUBLIC 09-11-2007 DJ 09-11-2007 PP-00038 EMENT Vol-02298-01 PP-00001.

outro, independentemente, esta deveria ser considerada válida e, conseqüentemente, aproveitada numa futura apreciação do magistrado.

Apesar de certa divergência doutrinária, o fato é que tal teoria vem sendo adotado pela nossa Corte Suprema.

[...] Acolhimento da teoria da descoberta inevitável; a prova seria necessariamente descoberta por outros meios legais. No caso, repita-se, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta era inevitável [...].

Cita-se o caso⁴ em que um herdeiro utilizou-se de um extrato bancário ilícito, mas tal documento poderia ter sido obtido posteriormente com a habilitação no inventário, logo a descoberta seria inevitável.

Em derradeiro, há muitas críticas doutrinárias sobre a aplicabilidade dessas duas teorias, principalmente pela elevada carga de subjetividade. Neste raciocínio, Aury Lopes Júnior (2016, p. 318) disserta:

[...] ambas as teorias recorrem a categorias vagas e manipuláveis, gerando um perigoso alargamento da tolerância judicial em relação às provas (ilícitas) derivadas. O maior inconveniente é a falta de critérios claros e precisos, dando margem ao decisionismo (espaços impróprios da discricionariedade judicial), com os juízes e tribunais “dizendo qualquer coisa sobre qualquer coisa” (Streck). Por fim, é um grave erro manter o mesmo juiz no processo, após ter sido reconhecida a ilicitude de uma prova, na medida em que está contaminado e não pode mais julgar (erro do cartesianismo).

2.4.6 Teoria do encontro fortuito de provas (serendipidade)

Serendipidade é o ato ou capacidade de descobrir coisas boas por mero acaso, sem previsão. Muitas vezes aquilo que se encontra durante uma busca é mais interessante do que aquilo inicialmente almejado.

Em termos processuais penais, assim conceituam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2017, p. 639):

No âmbito do direito processual penal, serendipidade significa, em poucas palavras, o encontro fortuito de provas relativas a fato delituoso diverso daquele que é objeto das investigações. A aplicação da serendipidade para entender válida a prova encontrada casualmente é que nos dá a ideia da existência de um princípio. Tal princípio, que exigirá a presença de certos

⁴STJ - HC: 52995 AL 2006/0011608-1, Relator: Ministro OG FERNANDES. Data de Julgamento: 16/09/2010. SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/10/2010.

requisitos, possibilita reconhecer como lícita a prova ou a fonte de prova de outra infração penal, obtida no bojo de investigação cujo objeto não abrangia o que foi, inesperadamente, revelado.

No entanto, para a aplicação dessa teoria, a prova obtida em desconexo com a infração penal investigada deve ter a presença de certos requisitos, a exemplo da diligência de ser efetuado sem abuso ou desvio de finalidade, ou seja, os agentes estatais não podem macular um mandado de busca e apreensão, por exemplo, para a obtenção de interesses diversos.

Interessante exemplo é citado por Renato Brasileiro (2017, p.854) em que policiais munidos de um mandado de busca e apreensão, cuja finalidade era localizar animais de grande porte em cativeiro, em investigação de crimes contra a fauna, obtêm êxito em localizar farta quantidade de droga em um dos cômodos da residência. Caso os policiais tivessem vasculhado gavetas, armários, cômodas do imóvel, tal diligência não seria condizente com o objeto principal do mandado, tornando-se ilícita.

Tal teoria não se limita apenas aos mandados de busca e apreensão. No curso de uma interceptação telefônica é corriqueiro a captação de informações desconexas com o objeto da medida cautelar. Neste caso, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que é válido o uso de tais provas em um futuro embasamento da peça acusatória desde a interceptação tenha sido fundamentalmente, de maneira legal e legítima, e os fatos sejam conexos com aqueles primeiros que embasaram a interceptação.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS À CADEIA DE CUSTÓDIA

Os princípios constitucionais são o alicerce de todo o ordenamento jurídico. Tal fundamento veio a coroar o longo processo de superação do regime ditatorial inquisitivo que regula as regras jurídicas relativas à *persecutio criminis*, consolidando, no âmbito da Lei Maior, o modelo acusatório no Processo Penal brasileiro.

A Constituição Federal estabeleceu diversos princípios processuais penais que devem ser integrados e complementados em observância aos tratados internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, em especial a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que incluiu diversas garantias ao modelo brasileiro. Todavia, diante do exposto, preconizam-se aqueles que causam maior reflexo à cadeia de custódia da prova penal.

Nesse sentido, a norma jurídica pode aparecer como princípio, como regra e como postulado normativo. Segundo Humberto Ávila (2011), princípios são normas finalísticas que apontam para um estado ideal de coisas a ser atingido sem, contudo, descrever a conduta necessária para se atingir este estado ideal. Já regras, na visão do doutrinador, são normas descritivas que indicam comportamentos a serem seguidos pelos destinatários.

Vale ressaltar a questão do conflito entre um princípio e uma regra e a qual deve prevalecer no caso concreto. Observa-se que, o problema não é hierárquico, mas de função. Os princípios convivem conflitualmente, sendo da sua essência, mas — diante de um conflito entre princípios — resolve-se o problema por meio da ponderação.

No entanto, observa-se que o fato de um princípio ser preterido em razão de outro não quer dizer que ele foi aniquilado do sistema, mas apenas afastado casuisticamente. Por outro lado, ressalta-se que as regras não podem conviver conflitualmente, sendo que — neste caso — usam-se os critérios tradicionais: hierárquico, cronológica e de especialidade. Assim, faz-se necessário questionar: é possível a ponderação de regras? Apesar de certa divergência doutrinária, parte da doutrina admite a ponderação de regras de maneira excepcional, já que elas têm uma dureza muito grande que dificilmente se pode afastá-las.

Essa corrente ganhou força a partir do Novo Código de Processo Civil, que em seu artigo 489, § 2º, prevê expressamente a seguinte possibilidade:

No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Desenvolvendo esse raciocínio, define-se postulado normativo como sendo normas metódicas que estruturam, auxiliam e viabilizam a aplicação das demais normas jurídicas. Atualmente, o grande exemplo da doutrina é a proporcionalidade, apesar de ser amplamente difundido como princípio da proporcionalidade. A proporcionalidade não entra em choque com outros princípios, mas é invocada pelo magistrado para resolver o conflito entre dois princípios.

A doutrina sugere, como uma forma de tentar objetivar a aplicação da proporcionalidade, o uso de submáximas, quais sejam: a) adequação, observa-se se a restrição imposta é apta a atingir o fim a que se destina; b) necessidade, analisa-se se a restrição imposta é a menos onerosa possível com a mesma eficácia; c) proporcionalidade em sentido estrito, trata-se do juízo de ponderação, isto é, balanceamento dos valores.

3.1 Princípio do Devido Processo Legal

Na visão de Humberto Ávila (2011), o devido processo legal é mais que um princípio, sendo um postulado normativo, ou seja, é um comando jurídico usado para solucionar os conflitos entre normas princípio. O autor entende que os postulados normativos seriam normas de “segundo grau” que não impõem um fim ou um comportamento específico, mas estruturam o dever de realizá-lo: são descrições estruturantes da aplicação de outras normas cuja função é otimizar e efetivar princípios e regras.

Dessa forma, os postulados não se confundem com os princípios nem com as regras, porque não buscam um fim nem estabelecem uma conduta.

O devido processo legal foi previsto inicialmente com a Magna Carta em 1215, juntamente com a legalidade e o *habeas corpus*. Trata-se de um postulado normativo de direito processual, pois engloba todas as normas princípios do processo, sendo um mecanismo de contenção do poder do Estado na vida do cidadão quando aquele quer basicamente interferir na liberdade ou no patrimônio do indivíduo.

Ocorre que, este postulado normativo vem consagrado na Carta Maior no artigo 5º, incisos LIV e LV, ao estabelecer que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e ao garantir “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”. Entretanto, há diversos outros dispositivos que contemplam o devido processo legal, tais como: direito a não ser torturado, não submissão à tribunal de exceção, publicidade dos atos processuais, dentro outros.

Doutrinariamente, divide-se o devido processo legal em duas perspectivas, sendo o devido processo legal formal e o devido processo legal material ou substancial. Nota-se que, o primeiro é apenas o Estado cumprindo a legalidade processual, ou seja, praticando atos que a lei processual impõe para um julgamento ou para uma decisão governamental.

Na essência não é só para cumprir uma burocracia, mas há um propósito maior que é fazer valer a verdade dos fatos, pois permite que o juiz se aprofunde na busca da verdade dos fatos em prol de um julgamento justo. Já no devido processo legal substancial, não há preocupação apenas com a forma do processo, mas com seus desdobramentos na vida do cidadão, isto é, qual o impacto que o processo e seus atos irão gerar no âmbito de um direito fundamental do cidadão.

Logo, essa perspectiva legitima-se com a participação democrática do cidadão no rito processual. No final, a decisão do magistrado irá vincular aquele que foi submetido ao processo penal, porque foi oportunizado o contraditório e a ampla defesa por toda a ação penal.

Por fim, diante do exposto, busca-se um equilíbrio no debate processual e, para tanto, há dois pontos extremos que devem ser observados: vedação ao excesso e vedação à infraproteção ou proteção deficiente visando uma reposta justa e equilibrada ao processo.

Neste contexto, destaca-se um importante julgado do Superior Tribunal de Justiça (HC 149.250 SP)⁵, no qual todas as provas produzidas na Operação “Satiagraha”, deflagrada pela Polícia Federal, foram anuladas, pois foram consideradas ilícitas e inadmissíveis à luz do Estado Democrático de Direito, sendo o

⁵ STJ - HC: 149250 SP 2009/0192565-8, Relator: Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), Data de Julgamento: 07/06/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/09/2011.

monitoramento telefônico, ação controlada e demais correlatas, desde o início da ação penal. Segundo o julgado, houve a participação indevida, flagrantemente ilegal e abusiva, de agentes da ABIN⁶ e de um investigador particular contratado pelo Delegado responsável pelo caso. Em seu voto, o Ministro Relator, Adilson Vieira Macabu, citou uma lição do renomado jurista Luís Roberto Barroso (Princípio da Legalidade, Delegações Legislativas, Poder Regulamentar, Repartição Constitucional das Competências Legislativas) que merece destaque:

A observância dos princípios processuais não significa a busca da impunidade e nem mesmo um incentivo à criminalidade. Se o Estado estiver devidamente aparelhado este conseguirá por meio de procedimentos lícitos produzir as provas necessárias que possam demonstrar a culpabilidade de um acusado, ainda que o crime praticado pelo infrator possa causar repulsa aos seus semelhantes em razão de preceitos éticos ou morais.

A partir do momento em que existe a quebra de todas as garantias estabelecidas na Constituição Federal pode-se afirmar que o Estado de Direito também está sendo fragilizado, uma vez que as Instituições perdem o seu sentido e a promoção da Justiça é transferido para terceiras pessoas, o que fere o princípio da imparcialidade e do devido processo legal.

Por ser um instrumento de garantia contra os arbítrios do Estado, este postulado ganha especial relevância na cadeia de custódia da prova penal. Apontam Távora e Alencar (2017, p. 87): “a pretensão punitiva deve perfazer-se dentro de um procedimento regular, perante a autoridade competente, tendo por alicerce provas validamente colhidas, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa”.

3.2 Princípio da Presunção de Inocência (ou da Não Culpabilidade)

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto 678/92) prevê em seu artigo 8º o princípio da não culpabilidade: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. No Brasil, até a entrada em vigor da Constituição Democrática de 1988, a não culpabilidade como princípio existia apenas de forma implícita em obediência ao postulado normativo do devido processo legal. Com a Carta Magna brasileira, referido princípio adentrou no ordenamento jurídico no artigo 5º, inciso LVII que estabelece: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

⁶ ABIN – Agência Brasileira de Inteligência

Lima (2016a, p. 80) conceitua este princípio como:

Consiste, assim, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).

A incerteza é o ponto de partida de toda investigação policial, sendo que a punição só terá respaldo em um sistema republicano quando superar todas as etapas do devido processo legal, pois nossa Constituição estabelece que somente com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória afastará por completo o estado de inocência.

É possível dividir esse princípio em duas regras, sendo: a regra probatória e a regra de tratamento. Assim, a primeira diz que todo o ônus da prova recai sobre a acusação, cabendo ao acusado se defender do conteúdo trazido na denúncia. Tal exigência é fundamental para eliminar qualquer dúvida que gere incertezas ao processo, porque, caso não haja a confiabilidade cabal da prova produzida nos autos, prevalece o *in dubio pro reo*, sendo preferível não condenar um inocente já que não cabe a ele provar que não praticou a infração penal. Pelo exposto, em relação à regra de tratamento, a prisão só se justifica de maneira excepcional, pois a regra é responder ao processo em liberdade. No entanto, medidas cautelares como a prisão, são cabíveis desde que justificada sua necessidade no caso concreto, havendo, inclusive, previsão constitucional para tanto, buscando sempre a efetividade do processo.

Neste contexto, a qualidade da prova produzida em toda a persecução penal vai garantir a inocência ou culpabilidade daquele que está na posição de suspeito, indiciado, denunciado ou acusado.

3.3 Princípio da Busca da Verdade

É certo que, sempre prevaleceu na esfera processual civil, no qual se discute geralmente direitos disponíveis, o princípio da verdade formal, de modo que cabia às partes levarem ao processo todo o material probatório, devendo o magistrado adotar uma postura passiva, cabendo a este usar de seu poder instrutório (produção

de provas de ofício) para dirimir dúvidas, somente nos casos em que o bem tratado era indisponível.

De maneira diversa, na esfera processual penal, por se tratar sempre de direitos indisponíveis tal qual a liberdade, o juiz teria amplos poderes instrutórios para determinar a produção das provas que julgasse necessárias para formar a sua convicção na busca da verdade real ou substancial.

À luz de um Estado Democrático de Direito não é cabível a busca da prova usando de arbitrariedades para tanto, já que o poder público, teoricamente, tem toda a máquina estatal ao seu dispor para a produção probatória, sendo esta relação com sujeito no polo passivo da ação, em regra, desproporcional. No entanto, tal dicotomia que prevaleceu durante anos, hoje deve ser relevada até mesmo no âmbito civil, cabendo ao magistrado de ofício produzir as provas que julgar necessárias em busca de um processo justo que atenda aos anseios da sociedade.

Essa verdade absoluta que se busca no processo penal deve ser mitigada. Busca-se no processo é uma verdade (alto grau de probabilidade) que se aproxime o máximo possível da realidade, pois por melhor que a prova seja é impossível ao magistrado ter uma convicção plena, ou seja, a dita verdade real. Assim, modernamente, o princípio da verdade real tem sido entendido como a busca da verdade.

Assim, o tema central deste trabalho ganha importância, porque ao se adotar rigor técnico em todas as fases da cadeia de custódia da prova, com procedimentos modernos e imparciais, além de profissionais capacitados, a prova produzida refletirá na verdade dos fatos ocorridos, dando segurança ao magistrado para tomar a decisão que efetivamente faça justiça.

3.4 Princípio do Contraditório

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV, prevê expressamente que: “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.”.

Nos ensinamentos de Almeida (1973), citado por Lima (2016, p. 86), entende-se o princípio do contraditório como “a ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a possibilidade de contrariá-los”. Nestes termos, surge a audiência bilateral das partes, ou seja, tanto a acusação como a defesa devem participar de todos os atos praticados no processo, resumindo-se em dois direitos: de informação e de participação. O primeiro diz respeito à ciência da parte quanto aos atos processuais para que se viabilize a discussão dialética dos fatos. Por participação entende-se como a possibilidade de a parte se manifestar dos atos desfavoráveis.

Aprofundando-se nessa afirmação, nota-se ainda ampla utilização dessa concepção e busca-se igualdade substancial em decorrência do princípio da isonomia, pois não basta garantir às partes a informação e a participação, mas é imprescindível dar meios para que ocorra uma relação paritária dos sujeitos processuais, assegurando um contraditório efetivo e equilibrado. Logo, o contraditório pressupõe o equilíbrio entre a acusação e a defesa, ou seja, a paridade de armas na busca da verdade. Conforme leciona Lopes Jr. (2016a, p. 971):

A defesa tem o direito de ter conhecimento e acesso às fontes de prova e não ao material “que permita” a acusação (ou autoridade policial). Não se pode mais admitir o desequilíbrio inquisitório, com a seleção e uso arbitrário de elementos probatórios pela acusação ou agentes estatais.

A prova, em regra, deve ser produzida no decorrer da ação penal com a participação animada dos sujeitos processuais, cabendo à acusação o ônus de provar e a defesa de refutar os fatos trazidos na inicial acusatória. Tal dialética entre os envolvidos é fundamental para auxiliar o magistrado na formação de sua cognição, pois assim a prova estará amadurecida e apta a ser utilizada em sua fundamentação. Observa-se que o contraditório não precisa ser observado na fase inquisitiva do inquérito policial por se tratar de um procedimento administrativo para colheita de informações, porém é visto com bons olhos a participação, principalmente da defesa, nesta fase, porque a maior parte da cadeia de custódia será realizada nesta etapa, tal qual os procedimentos inerentes à participação do assistente técnico como preceitua o artigo 159, parágrafo 6º do CPP:

Art. 159 [...].

§ 6º Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá

sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação.

Há, ainda, uma outra divisão doutrinária: contraditório para a prova e contraditório sobre a prova. Naquele, as partes atuam diretamente na formação probatória e ocorre na presença do magistrado como, por exemplo, na colheita da prova testemunhal. Já o contraditório sobre a prova, também chamado de contraditório diferido ou postergado, ocorre posteriormente a sua produção o qual será dado oportunidade a defesa refutar as provas produzidas desta natureza, tal qual a interceptação telefônica, por exemplo. No primeiro caso a participação da defesa é mais evidente, podendo contrapor no momento da produção probatória; já no segundo caso, há de se ter cautela dos órgãos persecutórios, pois se deve garantir a defesa acesso amplo e irrestrito ao produzido naquela etapa, sem omissões ou obscuridades, ou seja, integralidade.

Diante do exposto, não restam dúvidas de que o respeito ao princípio do contraditório proporcionará ao processo uma prova de qualidade, pois a participação e fiscalização das partes é um direito constitucional, ou melhor dizendo, uma *clausula petrea* que dará condições para que o juiz tenha segurança ao fundamentar sua decisão. A defesa encontrará na prova adulterada um elemento carente de confiança, impossibilitando a paridade de armas dos sujeitos processuais, cabendo aos magistrados o seu controle para que esta não venha integrar o processo.

3.5 Princípio da Inadmissibilidade das Provas Obtidas por Meios Ilícitos

O princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos está previsto na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LVI: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, bem como no artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Corroborando do mesmo entendimento, no princípio da busca da verdade, a produção probatória não tem natureza absoluta, devendo sofrer limitações na sua formação ao colidir com outros direitos fundamentais, tais como a liberdade, a privacidade, de não ser torturado, etc. Em um Estado Republicano não se admite o

uso de provas ilícitas, mesmo que isso cause prejuízo na apuração dos fatos, ou seja, a busca da verdade.

Diante da ausência legal em conceituar a prova ilegal, coube à doutrina esta tarefa. Prova ilegal é entendida como gênero do qual são espécies, provas ilícitas e provas ilegítimas. Será ilícita quando obtida em violação de norma de direito material, podendo ser penal ou constitucional, e será ilegítima quando obtida em violação de norma de direito processual penal ou constitucional. A título de exemplo pode-se citar a primeira espécie quando ocorrer a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, do domicílio, da imagem, do sigilo telefônico etc.

Quanto à segunda espécie, pode-se citar como exemplo o fato de o juiz deixar de compromissar uma testemunha (apesar de certa divergência doutrinária), a não observância do procedimento quanto ao reconhecimento de pessoas e coisas, a exibição de documento ou objeto sem observância da antecedência mínima de três dias aos jurados do plenário do júri etc.

Uma prova obtida por meios ilícitos não será nula, mas deverá ser desentranhada do processo conforme dispõe o artigo 157, § 3º do Código de Processo Penal: “preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente”. Apesar desta previsão, caso uma prova ilícita seja juntada ao processo, caberá sua exclusão.

Além da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, também não serão admitidas as provas que dela derivarem. As provas ilícitas por derivação são aquelas produzidas validamente em momento futuro, porém tem sua origem viciada em uma prova que não respeitou os ditames legais e processuais pertinentes. Esse entendimento, de origem americana, também é conhecido como “teoria dos frutos da árvore envenenada”. No sistema pátrio, a referida teoria foi efetivamente introduzida em 1996 quando o Pleno do Supremo Tribunal Federal se posicionou favoravelmente a sua adoção. Nos entenderes do Min. Celso de Mello no RHC 90376⁷:

Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se

⁷ RHC 90376, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Segunda Turma. Julgado em 03/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL-02276-02 PP-00321 RTJ VOL-00202-02 PP-00764 RT v. 96, n. 864, 2007, p. 510-525 RCJ v. 21, n. 136, 2007, p. 145–147.

cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. – 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.

Ocorre que, com a reforma introduzida pela Lei nº 11.690/08, a teoria dos frutos da árvore envenenada passou a ser disciplinada no processo penal brasileiro. Conforme o artigo 157, § 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.

A partir de então, o direito norte-americano passou a reconhecer outras teorias que limitassem a ilicitude por derivação, sendo algumas delas adotadas no Brasil.

Assim, a primeira que merece destaque é a “teoria da fonte independente”, que na lição de Lima (2016b, p. 845):

De acordo com a teoria ou exceção da fonte independente, se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde qualquer relação de dependência, nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vínculo causal, tais dados probatórios são admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

Porém, ressalta-se que, deve-se demonstrar efetivamente que aquela prova independente foi produzida de maneira autônoma, sem qualquer vínculo com a prova ilícita. Essa teoria foi expressamente adotada no artigo 157, parágrafo 1º, *in fine*: “[...] ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Tal fundamento, conforme apontado no mesmo artigo, exposto em seu parágrafo segundo, conceitua fonte independente como:

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.

Outra teoria que merece ser citada é a da “descoberta inevitável” ou “exceção da fonte hipotética independente”, ou seja, em suma pode ocorrer uma quebra nonexo causal entre a prova originalmente ilícita e a prova ilícita por derivação e, assim, evitar a propagação do ilícito. Cria-se uma via persecutória paralela que não se liga a origem ilegal para quebrar o nexocausal. Sua concretização não pode se basear em meros juízos de possibilidade, mas de probabilidade capaz de demonstrar que a descoberta seria inevitável.

De fato, apesar de o legislador não ter previsto expressamente essa teoria, seu conteúdo pode ser entendido a partir do § 2º do artigo 157, segundo o qual “seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”. Apesar de alguma divergência doutrinária, tal teoria tem sido aceita e usada nos tribunais superiores.

Segundo Prado (2014, p. 79):

O rastreamento das fontes de prova será uma tarefa impossível se parcela dos elementos probatórios colhidos de forma encadeada vier a ser destruída. Sem esse rastreamento, a identificação do vínculo eventualmente existente entre uma prova aparentemente lícita e outra, anterior, ilícita, de que a primeira é derivada, dificilmente será revelado. Os suportes técnicos, pois, têm uma importância para o processo penal que transcende a simples condição de ferramentas de apoio à polícia para execução de ordens judiciais.

Por fim, cabe menção à “teoria da proporcionalidade”, a qual é de origem alemã e vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Cabe ao magistrado dar prevalência ao bem jurídico de maior importância diante de um confronto de normas-princípio, isto é, deve o juiz, nesta teoria, diante da contradição entre bens jurídicos tutelados constitucionalmente privilegiar o bem de maior importância e, portanto, entre a formalidade na produção da prova e o *status libertatis* do réu, preconiza-se este último deve prevalecer, sendo a prova ilícita utilizada para absolvê-lo. Trata-se da aplicação prática do postulado normativo do devido processo legal substancial com vedação ao excesso e da infraproteção.

Ante o abordado, fica evidente que a preservação da cadeia de custódia é fundamental para a produção probatória livre de ilicitudes. A simples inobservância de um procedimento que tenha o condão de macular toda a prova deve ser combatida e, para tanto, novamente vale lembrar da transparência e participação dos sujeitos processuais em todas as etapas da ação penal, a fim de almejar a justiça que a sociedade busca com o devido processo legal substancial.

4 CONSIDERAÇÕES DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PENAL

A cadeia de custódia é o principal meio para que uma prova se mantenha lícita e íntegra. Em suma, a cadeia de custódia refere-se à capacidade de garantir a identidade, integridade e rastreabilidade dos elementos que serão eventualmente utilizados como provas e envolve todos os agentes que de alguma forma participaram da investigação.

Em uma perspectiva processual penal, a prova deve ser produzida observando o postulado normativo do devido processo legal, o qual se inclui todos os seus desdobramentos principiológicos como o contraditório e a ampla defesa, inadmissibilidade de provas ilícitas, paridades de armas, presunção de inocência, dentre outros.

Com efeito, tudo que foi introduzido dentro dos autos em termos de provas deve ser legitimado por meio de regras e procedimentos que garantam sua integridade e rastreabilidade.

Segundo Geraldo Prado (2014), no atual processo penal é de suma importância que se possa verificar:

[...] a estrita legalidade da obtenção e preservação dos meios de prova — isto é, da escrupulosa legalidade do acesso às fontes de prova e da manutenção destas fontes em condição de serem consultadas, oportunamente, pelas partes.

Dessa forma, ganha relevância o estudo da cadeia de custódia, que possibilita aos sujeitos a fiscalização do fiel cumprimento das garantias processuais, em especial para a defesa, possibilitando melhores condições para o exercício de seu papel constitucional.

Corroborando do mesmo entendimento, a cadeia de custódia é “um dispositivo dirigido a assegurar a fiabilidade do elemento probatório, ao colocá-lo sob proteção de inferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória” (PRADO, 2014).

Nas palavras de Marinho (2011):

A cadeia de custódia é constituída por uma série de atos interligados, sem deixar lacuna, visando a segurança e confiabilidade do processo em que os vestígios estão submetidos, bem como a manutenção da integridade conforme sua natureza. Todos os atos devem ser registrados, inclusive os profissionais que preservaram o local e os que manusearam com os vestígios

desde a coleta, transporte, recebimento pelos órgãos de perícia oficial e armazenamento.

Todavia, a legislação nacional é deficitária em sua regulamentação, dispondo apenas de dispositivos esparsos que exigem uma interpretação sistêmica quando da sua aplicação. Logo, o estudo deve se pautar principalmente na doutrina e jurisprudência.

A corroborar o exposto acima, insta transcrever o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁸:

A preservação da cadeia de custódia da prova se presta a assegurar que o juízo, assim como as partes, possam verificar e refutar a licitude de determinada prova, bem como sua adequação e sua suficiência para fins de comprovação de determinada parte da imputação. Tal decorre, justamente, da garantia da presunção de inocência e do objetivo de reconstrução da verdade possível através do processo penal. Se considerado que o acusado é presumido inocente até condenação definitiva, e que disse decorre o ônus da prova à acusação, impõe-se em observância à garantia da ampla defesa, assegurar os meios necessários à verificação da legalidade da prova pelo órgão acusatório, tanto pela defesa, quanto pelo juízo, quando da formação do seu convencimento. E tal verificação exige a preservação (custódia) de todos os elos da cadeia probatória, de modo que seja possível percorrer o caminho inverso, verificando a origem lícita dos elementos de convicção colhidos no curso da investigação e do processo penal.

A Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014, da Secretaria Nacional de Segurança Pública – SENASP, foi confeccionada tendo em vista uma padronização em âmbito nacional da cadeia de custódia de vestígios, sendo — no entanto — diretrizes a ser observadas, “considerando que a cadeia de custódia é fundamental para garantir a idoneidade e a rastreabilidade dos vestígios, com vistas a preservar a confiabilidade e a transparência da produção da prova pericial até a conclusão do processo judicial” estabelecido nos termos iniciais do documento.

Segundo o Anexo 1 do item 1.1 da referida Portaria:

Denomina-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

Em consonância com este conceito, Claudemir Rodrigues Dias Filho define cadeia de custódia como:

⁸ TJ-RS – ACR: 70075906271-RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes. Data do Julgamento: 28/02/2018, Terceira Câmara Criminal, Data da Publicação: Diário da Justiça do dia 22/03/2018.

Uma sucessão de eventos concatenados, em que cada um proporciona a viabilidade ao desenvolvimento do seguinte, de forma a proteger a integridade de um vestígio do local de crime ao seu reconhecimento como prova material até o trânsito em julgado do mérito processual.

O item 1.2 aborda o momento inicial de preocupação da cadeia de custódia diante da exigência de um delito: “o início se dá com a preservação do local de crime e/ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio”.

Ainda se valendo das diretrizes previstas na Portaria, a cadeia de custódia passa necessariamente por diversas etapas, sendo:

1. Reconhecimento: identificação de elementos no local objeto da perícia que possam servir de interesse à persecução penal;
2. Fixação: descrição detalhada do objeto na cena do crime, podendo usar, para tanto, croquis, fotos, dentro outros recursos tecnológicos a disposição do agente;
3. Coleta: recolhimento do vestígio reconhecido e fixado de acordo com sua natureza e característica, preservando na medida do possível sua integralidade e a manutenção de sua originalidade;
4. Acondicionamento: nos termos da Portaria “procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento”;
5. Transporte: transferência do vestígio para o local onde poderá ser melhor analisado, zelando pela preservação de sua originalidade e o controle da posse;
6. Recebimento: que envolve toda a parte de formalização da cadeia de custódia tendo em vista facilitar a rastreabilidade da fonte e os profissionais que tiveram acesso ao material;
7. Processamento: que consiste na análise do objeto pericial propriamente dito por meio de metodologia própria que se materializará através de um laudo;

8. Armazenamento e preservação do material para futuras contraprovas, materializando o princípio do contraditório da prova pericial; e
9. Descarte do vestígio, observando o que diz a legislação vigente e, quando previsto, mediante autorização judicial.

Nesse diapasão, pode-se distribuir a cadeia de custódia em duas etapas: externa e interna. A primeira compreende todos os passos entre a preservação do local de crime ou apreensões dos elementos de prova e a chegada do vestígio ao órgão pericial encarregado de processá-lo. Já a fase interna compreende todas as etapas entre a entrada do vestígio no órgão pericial até sua devolução juntamente com o laudo pericial, ao órgão requisitante da perícia.

Consoante inteligência do artigo 6º do Código de Processo Penal, estabelecem-se diretrizes para a observância da fase externa. Os incisos, que são exemplificativos, orientam a autoridade policial nos procedimentos a serem adotados diante da ciência de uma infração penal, *in verbis*:

Art. 6º 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;

[...]

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias.

O manuseio dos vestígios é fundamental para toda a persecução penal, pois a maneira como foi tratada a prova definirá sua qualidade e, conseqüentemente, o exercício do contraditório e da ampla defesa, dando mais credibilidade às decisões judiciais, bem como aos órgãos envolvidos na persecução penal.

Para tanto, a coleta dos vestígios deverá observar, no mínimo, que seja concebida por profissional qualificado, ou seja, perito criminal investido no cargo público nos termos do *caput* do artigo 159 do Código de Processo Penal ou, excepcionalmente, por 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.

Além disso, o profissional especializado deverá se amparar de Equipamentos de Proteção Individual – EPI's e materiais específicos de acordo com o objeto da perícia, além de respeitar as normas internas quanto a individualização dos objetos apreendidos. A Portaria, que apesar de não ter força vinculante para os órgãos responsáveis pela cadeia de custódia, serve como diretriz, pois aborda de maneira detalhada como o recipiente responsável pelo acondicionamento do vestígio deverá ser, sempre individualizando de acordo com o material coletado, com lacres a fim de garantir a inviolabilidade do material, bem como em material que impeça contaminação e vazamento com um grau adequado de resistência observando suas peculiaridades.

Acrescenta-se também que há orientação para que todas as unidades de perícia (Institutos de Criminalística) tenham uma central de custódia cujo objetivo seja a guarda e controle dos vestígios. Neste local, a entrada e saída do material coletado deverá necessariamente ser protocolada (documentação) com informações que auxiliem na sua rastreabilidade, além da identificação de todos os profissionais envolvidos com o objetivo de viabilizar o controle de acesso.

Do mesmo modo, quando o vestígio estiver na Delegacia de Polícia, este deverá ser mantido em local seguro e adequado a sua preservação e, caso haja necessidade de abertura do laque para qualquer fim, caberá ao delegado de polícia realizar pessoalmente o ato, consignando de maneira formal em controle interno.

Ainda no âmbito da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça (Senasp), criou-se em 2013 os denominados Procedimentos Operacionais Padronizados – POPs, que contou com a participação de diversos profissionais de perícia, resultando nos primeiros vinte e quatro POPs, devidamente validados e testados. Neste inédito documento, abrangeram-se sete grandes áreas: balística forense, genética forense, informática forense, local de crime, medicina legal, papiloscopia e química forense. Conforme se depreende do trecho abaixo citado, sua finalidade seria o aperfeiçoamento das investigações:

A Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça (Senasp) entende que unidades de perícia bem equipadas, com profissionais capacitados e procedimentos padronizados são fundamentais para a produção da prova técnica e, conseqüentemente, para a qualificação da investigação criminal.

No entanto, não é o objetivo deste trabalho abordar questões de caráter extremamente técnicos previstas nestes POPs. Todavia, sua menção é de suma importância para o fortalecimento e valorização da cadeia de custódia, pois — no geral — são os peritos criminais, aqueles responsáveis por boa parte das etapas que envolvem a manipulação do vestígio, tendo como dever de ofício a confecção dos laudos periciais.

Do exposto, a falta de documentação ou, ao menos, o mínimo de controle sobre o manuseio da prova nas repartições públicas, não irá gerar necessariamente reflexos na quebra da cadeia de custódia. Com efeito, o foco não deve ser pôr em dúvida o trabalho dos envolvidos no controle epistemológico da prova, mas a melhoria dos processos e procedimentos na busca da ‘mesmicidade’, isto é, assegurar que aquela prova colhida ainda na fase de investigação seja a mesma utilizada na fase instrutória com amplo acesso às partes.

4.1 Controle Epistemológico da Prova

Epistemologia significa “conjunto de conhecimentos sobre a origem, a natureza, as etapas e os limites do conhecimento humano; teoria do conhecimento”⁹. Assim, o controle epistemológico da prova busca questionar se a prova tem ou não condição de retratar a realidade dos fatos. Para tanto, é fundamental um procedimento dotado de tecnicidade o qual são formalizadas todas as etapas que aquela prova percorreu durante a persecução penal tendo em vista sua validação em juízo.

Como explica Lopes Jr. (2016b, p. 311):

A discussão acerca da quebra da cadeia de custódia adquire especial relevância nas provas que têm pretensão de “evidência”, verdadeiros atalhos para obtenção da tão almejada (e ilusória) “verdade”, que sedam os sentidos e têm a pretensão de bastar-se por si sós, de serem autorreferenciadas, tais como as interceptações telefônicas ou o DNA. São provas que acabam por sedar os sentidos e anular o contraditório. Nestas situações, por serem obtidas “fora do processo”, é crucial que se demonstre de forma documentada a cadeia de custódia e toda a trajetória feita, da coleta até a inserção no processo e valoração judicial.”

Neste sentido, Geraldo Prado trouxe dois princípios a serem observados: da ‘mesmicidade’ e da ‘desconfiança’. Neste, a prova deve ser sempre

⁹ Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/epistemologia/>>. Acesso em: 11 mai. 2018.

legitimada para sua introdução aos autos e conseqüente influência na formação da cognição do magistrado. Por isso, há de ser observado um procedimento regrado e formalizado que garanta a confiabilidade das provas que vieram a integrar o processo, além da possibilidade de rastreabilidade de sua fonte. Já a ‘mesmicidade’, que pode ser entendida como ‘mesmice’, consiste na garantia de que a prova trazida em juízo é idêntica àquela que foi colhida pelos agentes estatais por meio de procedimentos imparciais e transparentes no trabalho de campo, respeitando as etapas — interna e externa — já citadas neste trabalho.

Diante disso, a preservação da cadeia de custódia exige um controle epistêmico que garanta a autenticidade do meio probatório. Busca-se, assim, diminuir as incertezas em juízo, permitindo que o magistrado não fique refém da boa ou má-fé dos agentes que manipulam a prova. Mas, cabe ressaltar que, a existência deste controle vai trazer um objetivismo ao procedimento que impeça o subjetivismo do agente e, conseqüentemente, a decisão pautada em uma prova de qualidade sem qualquer tipo de interferência.

Fortalecendo o já abordado, cita-se novamente a Portaria 82 da SENASP em suas razões iniciais:

[...] A garantia da cadeia de custódia confere aos vestígios certificação de origem e destinação e, conseqüentemente, atribui à prova pericial resultante de sua análise, credibilidade e robustez suficientes para propiciar sua admissão e permanência no elenco probatório.

Em que pese nos dias atuais parecer utópico, procedimentos bem alinhados com rigor técnico-científico em busca de uma prova de qualidade ao estilo CSI¹⁰ americano, os órgãos estatais devem evoluir constantemente em busca deste ideal, qual seja: uma prova robusta, de qualidade, capaz de dar a segurança necessária para o magistrado decidir o direito fundamental de liberdade do cidadão e concretizar a Justiça tão almejada pela sociedade.

Por fim, a não observância do controle epistemológico da prova gera o constrangimento da cadeia de custódia e, conseqüentemente, a ilicitude da prova que não poderá ser usada em um processo que busca a ilusória verdade real, deixando de mãos atadas o magistrado que deve respeito constitucional a fundamentação das decisões.

¹⁰ CSI - Crime Scene Investigation: Investigação da Cena do Crime.

4.2 Elemento Inspirador para se Legislar Sobre o Tema

No Brasil, não há uma legislação específica sobre o tema, existindo apenas dispositivos normativos espalhados pelo ordenamento jurídico de maneira geral. Cabe a cada órgão responsável pelo manuseio dos vestígios definir procedimentos internos, bem como capacitar seus agentes tendo em vista a garantia da autenticidade, idoneidade e a história cronológica da prova penal.

A sociedade está inserida em um cenário cada vez mais tecnológico e percebe-se que, as diversas transformações nas últimas décadas, impactaram na facilidade ao acesso à informação e, conseqüentemente, está relacionada a exigência de um serviço público transparente e de qualidade.

Por outro lado, os órgãos públicos não acompanharam tal evolução, de modo que, a máquina pública ainda permaneça demasiadamente burocrática e ineficiente, causando prejuízos tanto para a acusação — que vê em muitos casos a prova produzida ser desentranhada dos autos devido a vícios insanáveis, bem como para a defesa, que não consegue contrapor procedimentos obscuros e de duvidosa credibilidade, fruto de um sistema inquisitivo que só fará justiça com aquele capaz de arcar com as altas custas processuais.

Neste contexto, surgiu a Lei nº 12.527/2011, denominada Lei de Transparência ou Lei de Acesso à Informação, que permite o acesso a todos os dados armazenados nos órgãos públicos.

O Código de Processo Penal trata o assunto de maneira pontual e discreta. A título de exemplo, cita-se o artigo 159, § 6º, que prevê a possibilidade de armazenamento e disponibilização de material pericial em órgão oficial para futuras contraprovas, excetuando aquelas de difícil conservação, dispositivo este inserido com a reforma de 2008 pela Lei nº 11.690.

Além disso, a criação da figura do assistente técnico (perito particular) também possibilitou uma maior participação da defesa no controle epistemológico da prova penal. Este, nomeado pelas partes, auxilia na efetividade dos princípios do contraditório e ampla defesa, sendo que trabalharão em conjunto com o perito oficial, devendo participar após a confecção no laudo pericial, elaborando quesitos, auxiliando o perito oficial nas diligências e dá seu parecer por meio do parecer técnico.

Por fim, ainda no Código de Processo Penal foi estabelecido um rol exemplificativo de providências que a autoridade policial deverá tomar ao chegar no local do crime, conforme artigo 6º, o qual se dará especial atenção à coleta, ao manuseio, ao transporte e ao armazenamento.

Dentre as presunções decorrentes, merece destaque as inovações trazidas pela Lei nº 13.245 de 2016 que trouxe importantes alterações no Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Art. 7º São direitos do advogado:

[...]

XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;

[...]

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

[...]

§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

Observa-se que, de acordo com o comando inserto no artigo, tais direitos do defensor técnico são fundamentais para a garantia do princípio do contraditório e da ampla defesa, possibilitando o acompanhamento da produção da prova na fase policial que impera a inquisitorialidade, sendo que a participação do patrono nas diligências policiais e permite uma transparência que terá consequências futuras na avaliação do magistrado na validação da prova.

No mais, a Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014 da Secretaria Nacional de Segurança Pública – SENASP, já abordada neste trabalho, serve de importante orientação na padronização de procedimentos no âmbito nacional, entretanto sem força vinculante.

Conclui-se, destacando-se o papel da jurisprudência sobre o tema, basicamente com dois julgados a cargo do Superior Tribunal de Justiça – STJ: *Habeas Corpus* nº 160662 – RJ¹¹ e Recurso Especial nº 1435421 – RS¹².

O primeiro foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça na Operação “Negócio da China”, oportunidade em que os arquivos de áudio das interceptações telefônicas foram selecionados pelas autoridades policiais de modo que a defesa teve acesso apenas ao conteúdo que a acusação lhe proporcionou, evidenciando o cerceamento de defesa (violação da ‘mesmicidade’). Para a Ministra Relatora dos Embargos de Declaração, Assusete Magalhães, houve constrangimento ilegal na seleção do material indo de encontro aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois o acusado tem direito à disponibilização integral das mídias.

[...] X. Apesar de ter sido franqueado o acesso aos autos, parte das provas obtidas a partir da interceptação telemática foi extraviada, ainda na Polícia, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, com omissão de alguns áudios.

XI. A prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova.

XII. Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório – constitucionalmente garantidos –, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas.

XIII. É certo que todo o material obtido por meio da interceptação telefônica deve ser dirigido à autoridade judiciária, a qual, juntamente com a acusação e a defesa, deve selecionar tudo o que interesse à prova, descartando-se, mediante o procedimento previsto no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, o que se mostrar impertinente ao objeto da interceptação, pelo que constitui constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações autorizadas, realizada pela Polícia Judiciária, tal como ocorreu, subtraindo-se, do Juízo e das partes, o exame da pertinência das provas colhidas. Precedente do STF.

XIV. Decorre da garantia da ampla defesa o direito do acusado à disponibilização da integralidade de mídia, contendo o inteiro teor dos áudios e diálogos interceptados.

Toda a polêmica em torno deste julgado é brilhantemente sintetizada na lição de Lopes Jr. (2016b, p. 312):

¹¹ STJ - EDcl no HC: 160662 RJ 2010/0015360-8, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 04/09/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/09/2014.

¹² STJ - REsp: 1435421 RS 2014/0029779-8, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 16/06/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2015.

A manutenção da cadeia de custódia garante a “mesmidade”, evitando que alguém seja julgado não com base no “mesmo”, mas no “selecionado” pela acusação. A defesa tem o direito de ter conhecimento e acesso às fontes de prova e não ao material “que permita” a acusação (ou autoridade policial). Não se pode mais admitir o desequilíbrio inquisitório, com a seleção e uso arbitrário de elementos probatórios pela acusação ou agentes estatais.

Além desta jurisprudência, caberá ao Superior Tribunal de Justiça se manifestar no Recurso Especial nº 1.435.421-RS (2014/0029779-8) dentro da Operação “Ouro Verde” realizada pela Polícia Federal no Estado do Rio Grande do Sul, cujo foco era o crime de evasão de divisas. Nesta operação, foram apreendidas mídias que tinham informações relevantes para entender as operações realizadas. No entanto, houve o rompimento do lacre pela autoridade policial para o acesso aos dados, mas sem adulteração dos arquivos originais. Apesar da suposta quebra da cadeia de custódia, a prova foi considerada lícita, não sendo necessário seu desentranhamento dos autos, confirmando a licitude em sede de recurso no Tribunal Regional Federal.

Todo esse contexto deixa claro que houve falhas na preservação do material apreendido. Aparentemente, os próprios arquivos que contêm os bancos de dados foram alterados, visto que são datados das 11h08 do dia apreensão, a qual teria ocorrido ao raiar do dia. Entretanto, essas falhas não são suficientes para determinar a exclusão da prova - a própria mídia apreendida e os laudos com base nela elaborados. As falhas apontadas não levam à ilicitude da prova, muito embora talvez ameacem sua idoneidade. É possível que não tenha havido alterações substanciais dos dados que embasam a acusação. Isso deverá ser verificado mediante outros elementos que se agreguem aos dados brutos.

[...]

A sentença, transcrevendo decisão anterior (gedpro 6612095), noticia, em resumo, que houve alteração de arquivos no referido HD após sua apreensão pela Polícia Federal (em 30-03-2007), mas que, provavelmente, não houve alteração substancial dos dados, sem prova de montagem de seu conteúdo, bem como os demais elementos coligidos demonstram a confiabilidade destas informações. No exame do HC no 0006908-41.2011.404.0000, com pedido de supressão do Relatório de Missão Policial no 26/2011 e do Laudo no 0393/20 11, deferi o pedido liminar para determinar o desentranhamento destes documentos ante a forma como foram produzidos e a maneira como aportaram ao feito n' 1796-5, restando vencido no julgamento pela Turma (em 06-07-20 11). Vale referir que a supressão está ainda sob análise do STJ, por meio do HC nº 213.448, tendo sido determinada a suspensão do andamento do processo nº 2007.71.00.001796-5, mediante ordem de seu Presidente, Min Ari Pargendier (em 03-08-20 11), encontrando-se para exame do Min Sebastião Reis Júnior desde 29-1 1-2011, conforme informações da rede mundial de computadores. Assim, mesmo que o Superior Tribunal decida pelo afastamento do labor policial de confirmação da confiabilidade dos dados eletrônicos, tal situação, por si só, não inviabiliza o conteúdo substancial da prova produzida nos autos, gerando, no máximo, a formação de dúvidas, que, como visto, não foram suficientes para abalar a convicção do Juízo. Destarte, a fim de evitar dilação no andamento do presente feito criminal, a pretexto de dirimir circunstâncias técnicas de difícil interpretação, com criação de dúvidas

pré-ordenadas e sucessivas, derivadas da inabilidade de manuseio de dados em operações policiais de grande amplitude, considero que as planilhas de dados podem ser admitidas como prova, com reservas, devendo ser corroboradas por outros elementos coligidos aos autos.

Assim, diante da falta de legislação sobre o tema, diversos debates têm erigido aos tribunais superiores, os quais deverão se manifestar sobre a nulidade ou não da prova como consequência da quebra da cadeia de custódia, bem como os desdobramentos das provas ilícitas.

Tais discussões levam um considerado tempo para seu desfecho, tornando o processo lento e gerando um descrédito perante à sociedade. Quanto mais transparente forem as etapas na manipulação dos vestígios, maior será a condição de rastreabilidade de suas falhas, gerando um constante aprimoramento dos órgãos periciais e policiais a fim de evitar nulidades, além da efetivação dos princípios do contraditório e ampla defesa.

5 A CADEIA DE CUSTÓDIA NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Não é de hoje que a interceptação telefônica é utilizada como meio de prova tanto em investigações criminais quanto em instruções processuais penais. Sua previsão constitucional está no inciso XII, parte final, do artigo 5º que diz:

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.

A Lei que regulamenta o previsto no texto constitucional é a de nº 9.296, de 24 de julho de 1996, aplicando-se também à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Tal norma, que possui 12 artigos, trata da competência, dos requisitos, procedimentos, prazo de duração, bem como tipifica a interceptação fora dos ditames legais.

Destaca-se, também, a Resolução nº 59 de 09/09/2008, que disciplina e uniformiza as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, a que se refere a Lei nº 9.296/96.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é o órgão responsável pela fiscalização do Poder Judiciário após a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 e coube a ele, por meio da referida resolução, amenizar as lacunas deixadas pela Lei de Interceptações Telefônicas, tendo em vista coibir os excessos decorrentes da medida cautelar, além de dar maior transparência aos sujeitos processuais envolvidos visando, mesmo que indiretamente, o fortalecimento da cadeia de custódia.

Dentre os fundamentos, ressalta-se a diferença dos três institutos que geram confusão na prática: interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação clandestina. Destaca-se inicialmente que, a interceptação telefônica e escuta telefônica necessitam de autorização judicial para que possam ser utilizadas como provas em um processo penal.

Na interceptação telefônica, os interlocutores desconhecem a captação dos dados realizada por um terceiro; na gravação clandestina, um dos interlocutores grava a conversa sem o conhecimento do outro; por fim, na escuta telefônica, um dos interlocutores tem conhecimento da captação de dados feita por um terceiro. Vale destacar que, a interceptação telefônica se difere da quebra de sigilo telefônico, sendo

que, neste instituto, o agente autorizado apenas tem acesso ao histórico de chamadas (origem e destino), assim como o nome cadastrado na linha, além de outras informações como da localização das Estações Rádio Base – ERB¹³, por exemplo.

Como já mencionado, a falta de ordem judicial fundamentada torna sem efeito as provas obtidas por meio da interceptação telefônica, assim como as delas derivadas, devendo ser desentranhadas dos autos. Tal requisito também abrange o conteúdo armazenado em aparelhos telefônicos apreendidos, ganhando relevância atualmente os aplicativos de mensagem instantânea como o *WhatsApp* (mais utilizado atualmente).

Em julgamento de caso recentemente analisado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ (RHC 67379), a Quinta Turma determinou que fossem desentranhadas dos autos as provas obtidas, por meio da apreensão de um aparelho celular o qual agentes policiais extraíram seu conteúdo sem a devida autorização judicial. Segundo o colegiado:

[...] as mensagens armazenadas no aparelho estão protegidas pelo sigilo telefônico, que deve abranger igualmente a transmissão, recepção ou emissão de símbolos, caracteres, sinais escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia fixa ou móvel ou, ainda, através de sistemas de informática e telemática.

Logo, em respeito ao artigo 5º da Carta Maior, que protege a inviolabilidade do sigilo telefônico, deve a Autoridade Policial, após a apreensão do telefone, representar ao Juízo competente pela devida quebra dos dados contidos no aparelho, a fim de garantir o respeito à intimidade do investigado, assim como o direito à segurança pública que, a depender do caso em concreto, deve prevalecer em uma ponderação principiológica.

5.1 Sistema Guardiã

Primeiramente, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre o Sistema Guardiã usado pelas polícias judiciárias (tanto pelas Polícia Cívica estaduais quanto pela Polícia Federal, além do próprio Ministério Público), o qual viabiliza o

¹³ Estação Rádio Base (ERB) ou "Cell site" é a denominação dada em um sistema de telefonia celular para a Estação Fixa com que os terminais móveis se comunicam.

monitoramento de conversas telefônicas após, evidentemente, a autorização judicial, nos termos da Lei nº 9.296/1996.

Pontua-se, inicialmente, que referido sistema não tem condições técnicas de interceptar conversas diretamente, sendo, para tanto, necessário o apoio técnico-operacional das operadoras de telefonia. Tais empresas, por meio de ofício judicial autorizando a medida cautelar, encaminham ao Sistema Guardiã o os dados e o áudio dos alvos (tanto linha quanto IMEI¹⁴) interceptados, gravando-os em seus servidores digitalmente.

Além disso, essas empresas também fornecem aos responsáveis pela investigação acesso a portais (geralmente o Sistema VIGIA) em que é possível quebrar dados cadastrais de alvos e interlocutores, requisitar histórico de chamadas no período de interesse às investigações, acesso às ERB, rastreios e outras informações.

Ao final de cada operação, a Autoridade Policial envia ao Juízo competente as mídias com todos os dados que foram objeto da investigação, quais sejam: número/IMEI interceptado, interlocutores, período com data e hora dos diálogos, duração, transcrições, dentre outras informações que possibilitaram ao magistrado, acusação e defesa, acesso às provas produzidas, garantindo-se, assim, respeito à cadeia de custódia por meio da transparência de todos os atos realizados pela Polícia Judiciária.

Tendo em vista os aspectos observados, conclui-se, nas palavras da Meritíssima Juíza Ana Paula Vieira de Carvalho, nos termos da Ação Penal nº 2003.51.01.513657-6 da 6ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro:

[...] a polícia não tem como interceptar linhas não autorizadas judicialmente apenas utilizando-se do Guardiã, a não ser que a companhia telefônica desvie os áudios sem autorização judicial. Seria necessário, portanto, um complô entre a companhia telefônica e a polícia federal. Se esse complô existisse, parece óbvio que o policial não deixaria rastros e, embora pudesse utilizar-se das informações obtidas ilicitamente durante a investigação, às escondidas, não deixaria os áudios ilicitamente gravados à disposição da defesa.

¹⁴ Cada celular tem um número de identificação único e global, chamado de IMEI (*International Mobile Equipment Identity*). Este é formado por quatro grupos de números: 000000-00-000000-0.

Neste mesmo processo, a Polícia Federal respondeu, após a requisição da remessa dos áudios originais das interceptações telefônicas, que estes são aqueles interceptados pela operadora e gravados digitalmente no Sistema Guardiã. Ou seja, a gravação original fica armazenada no disco rígido onde opera o sistema, no entanto sua capacidade é limitada, como qualquer equipamento eletrônico, gerando uma sobreposição dos dados antigos pelos mais recentes quando o limite máximo é atingido. Por isso tudo, são realizadas cópias destes arquivos em mídias alternativas a fim de se garantir o procedimento periódico de cópia de segurança (*backup*) e, conseqüentemente, a preservação da prova e viabilização do contraditório diferido, não prejudicando a defesa.

Ainda neste caso, a defesa alegou:

Perda da integralidade da prova — a possibilidade de apagamento de áudios do sistema — quebra da cadeia de custódia e invalidação do elemento de prova — violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas.

A tese sustentada foi de que a defesa não teve acesso à integralidade do material produzido na fase inquisitiva, bem como que houve manipulação do conteúdo pela Polícia Federal, induzindo o juízo ao não preservar a idoneidade nas transcrições e a não observância legal da inutilização do material captado.

Quanto à fidedignidade das transcrições, decidiu-se que possíveis equívocos, dolosos ou não, não invalidam o material colhido, pois a prova a ser analisada pelos sujeitos processuais e o próprio áudio gravado em mídia anexados ao processo e a integralidade das degravações não é obrigatória. Ademais, todo o conteúdo interceptado fica a disposição da defesa que deve rebater qualquer irregularidade em momento oportuno.

Outro ponto que merece destaque é sobre a possibilidade do uso do Sistema Guardiã no âmbito do Ministério Público. Tal tema ganhou destaque quando Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP editou a Resolução nº 36, de abril de 2009 que dispõe sobre o pedido e a utilização das interceptações telefônicas. A Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL entrou com Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5315) contra a referida Resolução, alegando basicamente ofensa ao princípio da legalidade, assim como a competência federal para legislar sobre direito processual.

Além disso, a Associação defende que cabe com exclusividade ao Delegado de Polícia a condução de investigações que se utilizavam desta medida cautelar o qual o Ministério Público tem ciência e acompanha todo o procedimento. Verdade é que o plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu em 2015 favoravelmente ao poder investigatório do Ministério Público nas investigações de natureza penal.

Em virtude do que foi mencionado, o Sistema Guardião é um grande aliado dos órgãos de persecução do Estado para o monitoramento das linhas telefônicas dos alvos em uma operação. Entretanto, seu uso deve ser restrito ao objeto da investigação quando presentes os requisitos legais a fim de evitar violações aos direitos fundamentais. É sabido que abusos ocorrem, como, a título de exemplo, o que ocorreu na Operação “Lava Jato” em que centenas de horas de um escritório de advocacia foram interceptadas, fazendo com que a acusação tivesse acesso às estratégias de defesa de maneira questionável, sendo uma clara afronta à paridade de armas.

5.2 Considerações da Lei nº 9.296/96 (Lei de Interceptações Telefônicas)

A priori, faz-se necessária uma breve análise sobre a Lei nº 9.296/96 que trata das interceptações de comunicações telefônicas, abrangendo também a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Em que pese o texto constitucional prever a possibilidade das interceptações telefônicas em seu principal artigo, a legislação disciplinando o tema só foi editada 08 (oito) anos depois.

Esta mitigação do direito à intimidade só pode ser concedida por meio de autorização judicial fundamentada e, além disso, o magistrado deve ter competência criminal, salvo quando um juiz civil, por exemplo, esteja em regime de plantão, exercendo naquele momento funções como juiz criminal.

Em seu artigo 2º a norma elenca as hipóteses em que não terá cabimento a concessão da medida cautelar, quais sejam:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:
I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Há na doutrina críticas à redação deste artigo, por se tratar de um requisito negativo, dificultando sua interpretação e dando uma falsa conotação de que a interceptação seja a regra, sendo que, na verdade, o sigilo o é. Como se não bastasse, os dois primeiros incisos são demasiadamente abertos e indeterminados, dando margem para uma interpretação equivocada da medida e seu uso deliberadamente arbitrário respaldada legalmente.

Por se tratar de uma medida cautelar preparatória, a norma buscou evitar abusos no seu uso indiscriminado, exigindo-se, para tanto, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* logo no primeiro inciso. Ademais, a doutrina ainda critica a redação ampliativa do inciso três ao estabelecer a possibilidade da medida em qualquer crime de reclusão, afrontando o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, pois, a título de exemplo, caberia interceptação em tese para furto simples e o estelionato.

Ainda neste mesmo artigo, em seu parágrafo único, observando a norma constitucional prevista no artigo 93, inciso IX, todos os atos judiciais devem ser fundamentados sob pena de nulidade, ou seja, cabe ao magistrado descrever pormenorizadamente a situação objeto da investigação, ainda que de maneira sintética. Assim, quando se tratar de uma investigação que apura a constituição de crime organizado, por exemplo, tal objeto deve constar do despacho que deferiu a medida.

Ademais, a concessão deve individualizar de maneira clara o destinatário da medida, assim como o número ou IMEI que será alvo da operação. Observa-se que muitas vezes não é possível saber a qualificação completo do alvo, no entanto deve ser fornecido pela autoridade policial ou ministerial o maior número de informações possíveis para que seja possível sua individualização visando evitar investigações aleatórias em desacordo com o texto constitucional e legal.

Cabe aqui menção ao *Habeas Corpus* nº 186118¹⁵, que trata de uma interceptação telefônica que foi anulada em decorrência da infração penal apurada ser a de ameaça, crime este punido apenas com detenção, em desacordo com o inciso

¹⁵ STJ – HC: 186118, Relator: Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), Data de Publicação: DJ 09/12/2010.

três, acima mencionado. Tal investigação foi infrutífera já que não foi possível relacionar as ameaças com os áudios captados. No entanto, anos depois, um dos alvos foi investigado como provável chefe de uma organização criminosa, o que resultou em um novo pedido de interceptação telefônica, fundamentado com base na primeira onde se apurou a ameaça. Observa-se que há possibilidade de seu deferimento em crimes de detenção desde que estes sejam conexos com crimes apenados com reclusão. Acontece que naquele caso em específico tal conexão não ocorreu, ocasionando a nulidade das interceptações realizadas. Finalmente, transcreve-se trecho da decisão deste *Habeas Corpus*:

Na espécie, relembro que, no curso da escuta telefônica deferida para a apuração de delito punível exclusivamente com detenção, não foram descobertos outros crimes conexos com ele, nem se tinha em foco, naquela oportunidade, a averiguação de delitos de maior gravidade. O próprio Ministério Público estadual admite que o procedimento vinculado à Operação MP/Ferro foi arquivado em outubro de 2006, pois o acompanhamento dos áudios não logrou êxito em identificar telefonemas que tivessem vinculação com as supostas ameaças. Somente em abril de 2008 é que se aventou a possibilidade da existência de uma organização criminosa liderada pelo então investigado, daí as novas investigações. Investigações, como disse, baseadas em prova originariamente ilícita.

A interceptação telefônica tem como prazo de duração 15 dias, podendo ser prorrogada diversas vezes, não havendo um limite específico, apesar de certa divergência doutrinária no assunto. Entretanto, tal dilação deve ser fundamentada adequadamente em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Além do mais, o magistrado terá que decidir sobre o pedido no prazo de 24 horas, podendo inclusive tal decisão ser verbal, mas, assim que possível, reduzida a termo e anexada aos autos. Findo o prazo, a autoridade policial deve encaminhar um relatório circunstanciado do que foi apurado no procedimento, encaminhando a cópia originais dos áudios interceptados e, se for o caso, representar pela dilação da medida.

Questão interessante, e muitas vezes suscitadas pela defesa, é o termo inicial da interceptação telefônica. O entendimento já amplamente pacificado na doutrina e jurisprudência é de que se deve contar o início da medida a partir da sua implementação e não da data em que foi autorizada judicialmente, constante do ofício judicial. Este posicionamento é razoável diante das dificuldades operacionais em sua implementação, pois há dependência técnica das operadoras de telefonia.

No vertente caso, faz-se mister enaltecer o entendimento firmado no *Habeas Corpus* nº 3617¹⁶ do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. PRAZO DE DURAÇÃO DO MONITORAMENTO. INDISPENSABILIDADE DA INTERCEPTAÇÃO. DECISÃO JUDICIAL ANTERIOR AO REQUERIMENTO DA AUTORIDADE POLICIAL. DIES A QUO PARA A CONTAGEM DO PRAZO DE 15 (QUINZE) DIAS PREVISTO NO ART. 5º DA LEI Nº 9.296/96. ILICITUDE DA PROVA. INOCORRÊNCIA. INAPLICABILIDADE DA TEORIA “DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA.

I - A interceptação das comunicações telefônicas deve respeitar o prazo de 15 (quinze) dias, previsto no art. 5º da Lei nº 9.296/96, podendo ser prorrogada sucessivamente, não limitando, a possibilidade de renovação dessa diligência, a uma única vez. Precedentes dos Egrégios STF (HC 83515/RS) e STJ (RHC 13274/RS).

II - Não se há que falar em falta de fundamentação das decisões judiciais deferitórias de sucessivos requerimentos de prorrogação do monitoramento telefônico e ausência de demonstração da indispensabilidade de tal diligência, quando referidas decisões acolherem as justificativas de minuciosos relatos constantes nos requerimentos da autoridade policial.

III - É admissível a quebra do sigilo telefônico e sucessivas prorrogações como meio de prova, para fins de apuração de crimes praticados por organização criminosa com ramificações em órgãos públicos, em virtude de serem crimes de difícil elucidação.

IV - O *dies a quo* para a contagem dos quinze dias, previstos no art. 5º da Lei nº 9.296/96, é o da operacionalização da interceptação, ou seja, do dia que se iniciou a escuta telefônica propriamente dita, e não o do dia do deferimento da diligência.

V - Em havendo as interceptações ocorrido de forma legal e legítima, não se há que falar em contaminação das provas derivadas, não se justificando, na hipótese, a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Também já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça pela não necessidade da degravação integral dos áudios. Aqui, transcreve-se a ementa do *Habeas Corpus* nº 278794 SP¹⁷:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DEGRAVAÇÃO INTEGRAL DO CONTEÚDO. DESNECESSIDADE. AMPLA DEFESA OBSERVADA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Conforme entendimento consolidado neste Superior Tribunal, não é necessária a degravação integral dos diálogos telefônicos interceptados, mormente daqueles que em nada se referem aos fatos, porquanto a Lei n. 9.296/1996 não faz nenhuma exigência nesse sentido. É necessário, a fim de que sejam observadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que se transcrevam, de forma satisfatória, aqueles trechos que

¹⁶ TRF-2 – HC: 3617 2004.02.01.007999-4, Relator: Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE. Data de Julgamento: 19/10/2004, SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJU – Data 01/11/2004 – Página: 41.

¹⁷ STJ – HC: 278794 SP 2013/0333661-0, Relator: Ministro Rogério Shietti Cruz. Data do Julgamento: 07/10/2014, T6 – Sexta Turma, Data da Publicação: DJe 23/10/2014.

serviram de base para o oferecimento da denúncia e que se permita às partes o acesso aos diálogos captados. Precedentes.

2. Não se mostra razoável exigir, sempre e de modo irrestrito, a degravação integral das escutas telefônicas, haja vista o prazo de duração da interceptação e o tempo razoável para dar-se início à instrução criminal, porquanto há diversos casos em que, ante a complexidade dos fatos investigados, existem mais de mil horas de gravações.

3. No caso, o tribunal de origem salientou que os diálogos degravados, em nenhum momento, tiveram os seus conteúdos impugnados pela defesa. Destacou inclusive que as partes tiveram acesso integral ao resultado das investigações e das escutas concretizadas, pelo que é evidente que a defesa teve plena possibilidade de responder às imputações feitas ao paciente.

4. Se a defesa e o Ministério Público tiveram acesso integral ao resultado das investigações e ao conteúdo das escutas telefônicas efetivadas, a paridade de armas foi absolutamente observada. No mais, o contraditório se fez ao longo da instrução criminal.

Por fim, o artigo 10 da Lei nº 9.296/1996 tipifica, com pena de dois a quatro anos de reclusão, que “constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei”.

Para tanto, é imprescindível a demonstração de dolo do agente com elementos probatórios suficientes para comprovar a má-fé. Meras presunções não são robustas para caracterizar um suposto desvio de finalidade ou motivos escusos. Outrossim, o tipo penal comporta dois crimes: realizar interceptação indevidamente e quebrar segredo de justiça, sendo possível o concurso material.

5.3 Flagrante Delito com Base em Interceptação Telefônica Ilegal

Não são raros os casos em que agentes policiais efetuam prisões em flagrante delito com base em supostas denúncias anônimas ou informações oriundas de colaboradores, denominados informantes, sendo que, na verdade, tais auxílios eram frutos de interceptações ilegais ou, até mesmo, legais, porém com finalidade diversa.

Imagine-se um traficante de drogas que tem uma conversa interceptada ilegalmente por policiais. Com base neste diálogo captado, os agentes obtêm êxito em interceptar o alvo no exato momento em que estava transportando grande quantidade de drogas, efetuando sua prisão logo em seguida. Nesta situação hipotética, discute-se a validade do flagrante delito, pois o crime de tráfico de drogas é de consumação permanente ou pela sua nulidade em decorrência da derivação da prisão ser de uma prova ilícita.

A doutrina e a jurisprudência majoritárias refutam essa prisão em flagrante com base na teoria dos frutos da árvore envenenada. No caso apresentado, os agentes responderiam pelo artigo 10 da já citada Lei nº 9.296/1996 (violação das comunicações telefônicas) e, até mesmo, por falso testemunho qualificado (CP, art. 342, § 2º), a depender do caso, além das sanções civis e administrativas provenientes do ato abusivo.

Questões das mais tormentosas sobre o tema é a possibilidade de identificação de outros crimes praticados por interlocutores que se comunicam com o alvo interceptado que, a princípio, não é objeto da investigação, doutrinariamente chamada de encontro fortuito ou serendipidade da prova. Em que pese o pedido de interceptação telefônica ser delimitado ao fato investigado dentro dos requisitos que a lei estabelece, é plenamente possível, e normalmente é o que acontece, a captação de informações de outros fatos, muitas vezes ainda mais graves, e identificação de outras pessoas que sequer faziam parte da investigação inicial.

Na jurisprudência o tema já foi tratado algumas vezes. Aqui, cabe menção ao que o Supremo Tribunal Federal ¹⁸já decidiu:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção. 2. Agravo Regimental desprovido.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça também já enfrentou o tema:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA OFERECIDA EM DESFAVOR DOS PACIENTES BASEADA EM MATERIAL COLHIDO DURANTE A REALIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA PARA APURAR A PRÁTICA DE CRIME DIVERSO. ENCONTRO FORTUITO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONEXÃO ENTRE O CRIME INICIALMENTE INVESTIGADO E AQUELE FORTUITAMENTE DESCOBERTO. I – Em princípio, havendo o encontro fortuito de notícia da prática futura de conduta delituosa, durante a realização de interceptação telefônica devidamente autorizada pela autoridade competente, não se deve exigir a demonstração da conexão entre o fato

¹⁸ STF – AI 626214 MG, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA. Data de Julgamento: 21/09/2010, Data de Publicação: DJe-094 DIVULG 25/05/2010 PUBLIC 26/05/2010.

investigado e aquele descoberto, a uma, porque a própria Lei nº 9.296/96 não a exige, a duas, pois o Estado não pode se quedar inerte diante da ciência de que um crime vai ser praticado e, a três, tendo em vista que se por um lado o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de alguém, o fez com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita. II – A discussão a respeito da conexão entre o fato investigado e o fato encontrado fortuitamente só se coloca em se tratando de infração penal pretérita, porquanto no que concerne as infrações futuras o cerne da controvérsia se dará quanto a licitude ou não do meio de prova utilizado e a partir do qual se tomou conhecimento de tal conduta criminosa. Habeas corpus denegado (HC 69.552/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2007, DJ 14/05/2007, p. 347).

Conclui-se que a autoridade policial que tomar conhecimento de *notitia criminis* no curso de uma interceptação telefônica autorizada legalmente deve tomar as medidas necessárias para apurá-la, ainda que não haja conexão com o fato inicialmente investigado. No entanto, há quem entenda pela necessidade de estreita ligação com o objeto da investigação. Por fim, a interceptação telefônica pode servir de base para uma nova interceptação o qual seu objeto será o crime encontrado fortuitamente.

5.4 Perícia Técnica na Identificação de Voz nas Interceptações Telefônicas

Tema que merece destaque no presente trabalho refere-se à necessidade ou não de perícia técnica de identificação de voz nas interceptações telefônicas.

Tanto a Lei nº 9.296/96, como a Resolução nº 59 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que disciplina e uniformiza as rotinas do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas, não fazem nenhuma exigência quanto à obrigatoriedade de perícia técnica de identificação de voz. O magistrado, usando de seu livre convencimento motivado, assim como o princípio da livre apreciação da prova, pode e deve se valer de outros meios para chegar a uma decisão, desde que seja fundamentada.

Neste sentido, já é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹⁹ quanto à desnecessidade desta prova técnica se aliada a outros meios de prova capazes de identificar o alvo e seus interlocutores:

¹⁹ STJ - HC: 382646 SC 2016/0328313-5, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO. Data de Publicação: DJ 25/04/2018.

É sabido que a Lei 9.296/96 não exige perícia de voz para validar interceptação telefônica autorizada, sendo prescindível quando os demais elementos de prova demonstram quem são os interlocutores. No caso em destaque, a interceptação telefônica não foi produzida de forma isolada, posto que a autoridade policial monitorou por diversos períodos os lá investigados. Inclusive, muitas ligações efetuadas nesse período são rotineiras do dia a dia, onde o policial consegue proceder com a identificação do usuário da linha telefônica por chamadas banais para seus familiares, bem como de empresas em que fizeram algum cadastro e pretendem comprar bens ou contratar serviços.

[...]

Ainda conforme a firme orientação desta Casa, é prescindível a realização de perícia para a identificação das vozes captadas nas interceptações telefônicas, especialmente quando pode ser aferida por outros meios de provas e diante da ausência de previsão na Lei n. 9.296/1996 (HC n. 274.969/SP, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 23/4/2014).

Reforça-se que a ausência de perícia em voz só não irá gerar nulidade quando corroborada com outras provas produzidas durante a persecução penal. O agente estatal responsável pela condução dos trabalhos de interceptação telefônica tem contato com todas as conversas dos alvos da operação, muitas vezes conversas rotineiras com familiares ou terceiros que não interessam às investigações. Assim, recomenda-se que trechos, onde seja possível a identificação da pessoa, sejam transcritos a fim de evitar uma possível alegação de constrangimento ilegal e cerceamento de defesa.

O deferimento de tais perícias, existentes apenas em grandes centros, só traria demasiada delonga ao processo, em um sentido claro de protelação indo de encontro à finalidade da medida cautelar preparatória que visa à celeridade.

Tal debate também se estende sobre a necessidade de perícia, ato formal realizado por perito oficial, para a realização da degravação das conversas interceptadas. Em que pese o material produzido na interceptação telefônica ser considerado uma prova técnica, não há necessidade de habilitação técnica específica durante sua operacionalização que consiste tão somente na análise e degravação do conteúdo de interesse das investigações, podendo tal ofício ser realizado por agentes policiais que atuaram em sua operacionalização. Assim, já entendeu o Tribunal Regional Federal da 4ª região²⁰:

O fato da degravação propriamente dita não ter sido realizada por servidores públicos titulares do cargo de perito, não enseja qualquer prejuízo ao resultado obtido uma vez que os servidores que atuavam estavam sob a

²⁰ TRF-4 – ACR: 127488 PR 2000.04.01.127488-8, Relator: FÁBIO BITTENCOURT DA ROSA. Data do Julgamento: 22/10/2002, SÉTIMA TURMA, Data da Publicação: DJ 17/11/2002 PÁGINA: 984.

responsabilidade da Seção de Criminalística da própria Polícia Federal, que entendia que tal atividade, consistente na oitiva de infindáveis horas de gravações e respectivas transcrições, poderia ser desenvolvida por servidores desprovidos de habilitação técnica específica, o que aliás já foi admitido pela 8ª Turma deste TRF: "(...) 7. Desnecessário que a transcrição das gravações resultantes da interceptação telefônica seja feita por peritos oficiais: tarefa que não exige conhecimentos técnicos especializados, podendo ser realizada pelos próprios policiais que atuaram na investigação [...].

No presente caso, os servidores que realizaram as degravações estavam sob a supervisão técnica do Instituto de Criminalística da Polícia Federal, o qual tem amplo conhecimento técnico e experiência no tema, não prejudicando em nada a fidedignidade dos trabalhos. Qualquer possível interpretação indevida dos agentes não seria ocasionada pela falta de conhecimento técnico, razão pela qual se deve garantir à defesa amplo acesso ao material interceptado, não somente aos trechos de interesse da acusação como já abordado neste trabalho.

Por fim, cita-se o trecho da Apelação Criminal nº 10342120065061001/MG, em que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais²¹ muito bem sintetiza o que foi abordado:

A decisão que motivadamente prorroga as interceptações telefônicas, de forma fundamentada e em obediência a o artigo 5º da Lei 9.296/96, diante da complexidade do feito e da necessidade justificada, não pode ser considerada nula.

A ausência da degravação integral das conversas obtidas por meio das interceptações não é suficiente para se declarar a nulidade da prova, ainda mais quando o material colhido esteve à disposição das defesas, inexistindo qualquer prejuízo.

A Lei 9.296/96 não determina o reconhecimento por voz dos interlocutores (notadamente se a própria defesa desistiu da realização da referida perícia) e tampouco que a transcrição da interceptação telefônica deve ser realizada por peritos oficiais, não sendo o caso de se aplicar as formalidades previstas no art. 159 do CPP, sendo imprópria a alegação de nulidade do laudo em razão do trabalho ter sido feito por agentes da Polícia Judiciária.

5.5 Interceptação nas Plataformas de Troca de Mensagens Instantâneas

Assunto que ganha cada vez mais relevância no cenário atual é a possibilidade de as autoridades de vigilância conseguirem investigar crimes nos aplicativos de troca de mensagens com criptografia ponta a ponta, em especial o *WhatsApp*, sem a quebra da cadeia de custódia.

²¹ TJ-MG – APR: 10342120065061001 MG, Relator: Nelson Missias de Moraes. Data de Julgamento: 19/05/2016, Câmaras Criminais / 2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 02/06/2016.

Atualmente, com a evolução da tecnologia da informação, bem como a facilidade de acesso à internet da população em geral, o uso convencional da linha telefônica tem sido cada vez menor, o que trouxe grandes dificuldades às autoridades na solução de crimes cometidos na rede mundial de computadores. Cresce de maneira demasiada crimes como pedofilia, discursos de ódio, tráfico de armas, pessoas, drogas, até mesmo terrorismo na *world wide web*.

A Lei nº 9.296 de 1996, estudada no decorrer deste trabalho, surgiu em uma época em que as ligações telefônicas eram o principal meio de comunicação, apesar de existir previsão quanto à possibilidade de captação de dados telemáticos e de outros sistemas de informação em seu texto. Contudo, os órgãos estatais, somados a uma legislação defasada e falta de pessoal capacitado, não têm sido capazes de combater de frente os crimes que ocorrem na web. Hoje, há muito mais informações na *cloud computing*²², ou computação na nuvem, do que na década passada, pois há uma infinidade de prestadores de serviços o qual exigem cadastros com dados completos de seus usuários; redes sociais com fotos, vídeos, áudio, currículo; mensageiros instantâneos, isto é, um campo farto de informações úteis para a investigação criminal.

O tema ganhou ainda mais destaque com as constantes decisões judiciais de bloqueio da plataforma *WhatsApp*, pertencente ao *Facebook*, por não atender às autoridades estatais no fornecimento de informações para apuração de crimes. A alegação da empresa é a falta de acesso ao conteúdo trafegado entre os usuários devido à criptografia ponta a ponta utilizada a pretexto de proteger a privacidade destes.

Os mecanismos de segurança destas empresas são extremamente robustos, não sendo possível sua captação pelas técnicas convencionais de investigação apesar de, no caso do *WhatsApp*, por exemplo, ter a necessidade de vinculação a uma linha telefônica. Todos os dados transmitidos por estes aplicativos recebem um tratamento criptografado que permitem acesso somente ao emissor e ao receptor.

Especialistas em segurança da informação mencionam algumas técnicas que podem ser utilizadas para acesso ao conteúdo destes serviços. Uma das

²² O conceito de computação em nuvem (em inglês, *cloud computing*) refere-se à utilização da memória e da capacidade de armazenamento e cálculo de computadores e servidores compartilhados e interligados por meio da Internet, seguindo o princípio da computação em grade.

possibilidades é a infiltração de um agente estatal naquele grupo de interesse à investigação ou, ao menos, a captação de um colaborador que já pertence a este com vistas a ter acesso ao conteúdo compartilhado. Outra possibilidade é a criação de *backdoors*²³ que criariam uma espécie de brecha no serviço que facilitasse o acesso ao conteúdo dentro destes aplicativos. Também seria possível a análise de metadados, ou seja, dados sobre os dados, como, por exemplo, a data de uma fotografia, o autor de uma publicação, sua localização geográfica etc. As operadoras de telefônica também poderiam auxiliar com a duplicação de um chip para ter acesso a todo conteúdo compartilhado em grupos de *WhatsApp*, por exemplo. Por fim, também seria possível o *hackeamento* de *smartphones* e computadores de interesse por meio de programas específicos para tal finalidade.

Entretanto, a questão principal a ser respondida é se tais técnicas afrontariam ou não a cadeia de custódia ao violar a intimidade dos usuários destes serviços. Entende-se que o ideal seria o respaldo de uma ordem judicial fundamentada o qual estejam presente os requisitos da lei, onde as empresas prestadoras destes serviços fornecessem os dados requisitados pelas autoridades brasileiras, não sendo necessário, para tanto, criar mecanismos para burlar sua própria criptografia, pois estas servem para proteger seus usuários de ataques maliciosos e não para dificultar os interesses estatais no esclarecimento de crimes.

A fim de demonstrar as dificuldades enfrentadas pelos órgãos de persecução penal na formação de um conjunto probatório robusto, transcreve-se o trecho de uma resposta da sociedade *WhatsApp Inc.* contida na decisão do Superior Tribunal de Justiça no RMS 56572 MT²⁴:

A sociedade WHATSAPP INC. também peticionou nos autos, alegando a impossibilidade técnica de interceptar mensagens trocadas pelo aplicativo. Neste sentido, sustentou que as comunicações trocadas por meio do aplicativo WhatsApp transitam instantaneamente pelos servidores e, uma vez entregues aos destinatários, não deixam cópia ou são de outra forma armazenadas, procedimento este que seria respaldado pela Lei nº 12.965/2014, que desobriga os aplicativos de internet a armazenarem conteúdo. Afirmou, ainda, que as mensagens enviadas e recebidas via WhatsApp possuem encriptação end-to-end, de modo que toda encriptação e desencriptação de mensagens é realizada pelo próprio aparelho telefônico do usuário. Como resultado dessa tecnologia, as mensagens seriam

²³ Backdoor é um recurso utilizado por diversos malwares para garantir acesso remoto ao sistema ou à rede infectada, explorando falhas críticas não documentadas existentes em programas instalados, softwares desatualizados e do firewall para abrir portas do roteador.

²⁴ STJ – RMS: 56572 MT 2018/0024659-6, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data da Publicação: DJ 04/06/2018.

encriptadas antes de transitarem pelos servidores da companhia, sendo indecifráveis mesmo pela WHATSAPP INC. Outrossim, com o objetivo de contribuir com as investigações, fez constar que buscou em seus arquivos as informações que ainda mantém em seus registros dos usuários, ressaltando que, em relação a um dos terminais, não há qualquer registro de instalação do aplicativo pelos usuários no banco de dados da WHATSAPP INC.

O presente caso faz referência a um mandado de segurança impetrado pela *Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.* em desfavor do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. A recorrente pleiteava o reconhecimento da ilegalidade da multa diária aplicada pela Corte Superior em decorrência do descumprimento de ordem judicial que visava à quebra dos dados de usuários do aplicativo *WhatsApp* e da rede social *Facebook*. Dentre as teses de defesa alegadas estava a afronta ao princípio da proporcionalidade, falta de previsão legal para aplicação da multa diária, bem como a falta de motivação da decisão judicial.

Acontece que foi expedido por mais de uma oportunidade mandado para ser cumprido por meio de carta precatória a fim de que fosse fornecido todo o conteúdo trafegado no aplicativo *WhatsApp*, porém a empresa sempre alegou que o cumprimento da determinação judicial era inexecutável e impossível.

Nesse diapasão, importante fazer menção ao artigo 11 da Lei nº 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet, que diz:

Art. 11 Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

[...]

§ 2º O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

Assim, estas empresas possuem escritórios e prestam serviços no Brasil e, conseqüentemente, devem respeitar a legislação interna, mais especificamente, no caso, a Lei de Interceptações Telefônicas, a qual prevê a medida judicial quando atendidos os requisitos legais. Trata-se de uma clara afronta destes grandes grupos empresariais com a desculpa de proteção da intimidade e da liberdade de expressão, direitos fundamentais evidentemente, mas não absolutos que, diante do caso concreto, devem ser ponderados em prol da aplicação da justiça.

O conflito gerado entre o governo e as empresas que utilizam da criptografia ponta a ponta está longe de um fim. Em 2016, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Edson Fachin, convocou audiência pública para debater os bloqueios judiciais do *WhatsApp* após provocação do Partido Popular Socialista – PPS, com a ADPF 403 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental). O debate se deu em cima do conflito entre os direitos fundamentais da liberdade de expressão e intimidade com o interesse público na aplicação da justiça.

Conclui-se que há um novo cenário jamais visto, de forma que as autoridades públicas devem buscar meios de impedir a proliferação de crimes na *Internet* sem, contudo, violar arbitrariamente princípios constitucionais como a privacidade e a liberdade de expressão. Para tanto, um diálogo entre os diversos setores da sociedade civil se faz necessário, bem como a atualização da legislação vigente sobre o tema para que o Estado e as empresas prestadoras destes serviços cheguem a um consenso em que seja possível sua convivência harmônica.

6 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente trabalho possibilitou uma análise da importância da cadeia de custódia da prova penal nas interceptações telefônicas de forma a respeitar os princípios constitucionais e infraconstitucionais. Ademais, também permitiu o levantamento de vários debates doutrinários sobre o tema, assim como os recentes entendimentos das Cortes Superiores.

A cadeia de custódia é um dos grandes temas do direito processual penal da atualidade, devendo ser motivo de atenção de todos os sujeitos processuais que lidam na dialética processual. De certo, ao se garantir a idoneidade e a rastreabilidade da prova produzida, conseqüentemente, irá gerar uma maior confiabilidade e transparência para aqueles sobre os quais se recaem o *jus puniendi* estatal, bem como credibilidade perante a sociedade que anseia por justiça.

A priori, o trabalho teceu observações sobre a teoria geral da prova, abordando os principais tópicos relacionados ao objeto do estudo. Tal análise tem importância, porque a prova percorre um longo caminho antes de sua valoração, sendo a compreensão conceitual inafastável para debater o tema. Nesta linha, deu-se maior destaque ao tema “provas ilícitas”, pois se trata da consequência prática do constrangimento da cadeia de custódia, em relação ao qual foram expostos os momentos de sua admissão ou não em um processo, analisando-se as recentes teorias norte-americanas introduzidas com a Lei nº 11.690/08 que reformou o ordenamento processual.

Demonstrou-se que a cadeia de custódia é instrumento essencial ao êxito da justiça, pois pressupõe um procedimento dotado de tecnicidade, com a formalização de todas as etapas — interna e externa — que aquela prova percorreu durante a persecução penal, tendo em vista sua validação em Juízo. Logo, caberia ao legislador definir os parâmetros do que deve ser observado, iniciando na sua colheita até a fase do descarte, concretizando, assim, a possibilidade de rastreamento da prova à luz dos preceitos constitucionais.

Contudo, critica-se a ausência de regulamentação legal sobre o tema, existindo apenas esparsas previsões, em sua maioria orientações, deixando a cargo da jurisprudência definir os limites do que pode ou não ser feito na busca da famigerada verdade real.

Além disso, uma cadeia de custódia íntegra evidencia uma sucessão de passos capazes de assegurar a confiabilidade e confidencialidade do conjunto probatório, de maneira a preservar a prova de interferências externas capazes de comprometer todo o resultado investigativo. A definição de procedimentos que prezam pela documentação dos atos e identificação daqueles que de uma forma ou de outra manejaram a prova é o que tornará esta irrefutável no momento de sua apreciação pelo magistrado.

Esta medida cautelar de natureza preparatória tem previsão constitucional em seu texto original, porém só veio a ser regulamentada em 1996. Todavia, tal norma se encontra defasada em decorrência dos exponenciais avanços nos meios de comunicação, em especial aos que fazem uso da *Internet* para a troca de mensagens. Nesse sentido, debateu-se sobre as maneiras lícitas de violar a intimidade daqueles que fazem uso de plataformas de comunicação criptografadas em uma ponderação principiológica com o direito à privacidade e à liberdade de expressão.

Pontuou-se de maneira específica as maiores dificuldades na preservação das provas produzidas por meio das interceptações telefônicas, conjuntamente com as mais recorrentes teses de defesa para desacreditar a prova extraprocessual.

Nesse diapasão, no último capítulo, preliminarmente, explicou-se o funcionamento do “Sistema Guardiã” utilizado pelos órgãos persecutórios para operacionalizar as interceptações telefônicas. Tal sistema vem sofrendo diversas críticas, principalmente de representantes da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), devido a sua confiabilidade em manter os áudios íntegros, bem como a comprovadamente ilusória possibilidade de captação de áudios sem autorização judicial, pois o agente estatal não tem esta autonomia, uma vez que, a parte técnica fica sob responsabilidade das operadoras de telefonia, que apenas cumprem as medidas expressas do ofício judicial.

Conclui-se que a defesa deve ter acesso integral ao material produzido em uma interceptação telefônica, sem, no entanto, existir necessidade de uma degravação integral das mídias captadas, pois a medida por si só implica em celeridade. Soma-se a isto a desnecessidade de perícia técnica oficial na degravação das mídias, podendo esta ser realizada pelos agentes operacionais responsáveis

pelas escutas, recomendando-se apenas um acompanhamento dos Institutos de Criminalística.

Abordou-se também a desnecessidade de perícia técnica de identificação de voz dos alvos interceptados quando houver outros elementos que auxiliem na qualificação do alvo. Finalmente, diante do encontro de provas de outros crimes no decorrer de uma investigação (serendipidade), é possível a autoridade policial utilizar tal material em outro procedimento, mesmo não sendo conexo o fato com o crime inicialmente investigado.

Ante estas observações, conclui-se, por fim, que, apesar de sua importância, o tema é carente de um profundo estudo e regulamentação. O avanço dos meios de comunicação é o principal desafio que os órgãos persecutórios enfrentarão para operacionalizar medidas de interceptação de áudio e dados telemáticos, somando-se ao fato de a grande maioria das empresas serem do exterior, dificultando as tratativas burocráticas mesmo com o advento do Marco Civil da Internet.

Ademais, a falta de procedimentos técnico-operacionais de rastreamento da cadeia de custódia é um campo farto para a defesa encontrar nulidades na produção da prova, inviabilizando muitas vezes os árduos trabalhos de investigação.

Resta, então, esperar a valorização do tema em uma futura reforma processual penal, bem como da Lei de Interceptações Telefônicas, para que se adéque as demandas tecnológicas futuras de forma que sejam atendidos os interesses da sociedade, respeitando-se as garantias constitucionais alicerces do sistema processual brasileiro, base do Estado Democrático de Direito.

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2011.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Princípio da legalidade, delegações legislativas, poder regulamentar, repartição constitucional das competências legislativas**. In: Boletim de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, janeiro de 1997.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Portaria nº 82, de 16 de junho de 2014. **Diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios**, Brasília, DF, mar 2014. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_25740023_portaria_n_82_de_16_de_julho_de_2014>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 18 mai. 2018.

_____. Presidência da República. **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 18 mai. 2018.

_____. Presidência da República. **Marco Civil da Internet**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Procedimento Operacional padrão: perícia criminal / Secretaria Nacional de Segurança Pública**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de instrumenton. 626214**, Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ: 26/03/2010. JusBrasil. 2010. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9275456/agravo-de-instrumento-ai-626214-mg-stf>>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. **2424 RJ**. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ: 26/11/2008, Tribunal Pleno. JusBrasil. 2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716672/inquerito-inq-2424-rj>>. Acesso em: 30 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. **2245 MG**, Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ: 02/08/2007. JusBrasil. 2007. Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14776480/inquerito-inq-2245-mg-stf>>. Acesso em: 30 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus n. **90376 RJ**. Relator: Celso De Mello, DJ: 03/04/2007, Segunda Turma. JusBrasil, 2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757640/recurso-em-habeas-corpus-rhc-90376-rj>>. Acesso em: 16 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança n. **56572 MT 2018/0024659-6**. Relator: Felix Fischer, DJ: 26/06/2018, T5–Quinta Turma. JusBrasil, 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/617612954/agravo-regimental-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-agrg-no-rms-56572-mt-2018-0024659-6>>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Habeas Corpus n. **160662 RJ 2010/0015360-8**. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, DJ: 04/09/2014, T6 - Sexta Turma. JusBrasil, 2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25268505/embargos-de-declaracao-no-habeas-corpus-edcl-no-hc-160662-rj-2010-0015360-8-stj?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. **52995 AL 2006/0011608-1**. Relator: Ministro Og Fernandes, DJ: 16/09/2010, T6 – Sexta Turma. JusBrasil, 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16947786/habeas-corpus-hc-52995-al-2006-0011608-1>>. Acesso em: 30 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. **67379 RN 2016/0018607-3**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, DJ: 20/10/2016, T5 – Quinta Turma. JusBrasil, 2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/404895121/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-67379-rn-2016-0018607-3>>. Acesso em: 30 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. **149250 SP 2009/0192565-8**. Relator: Ministro Adilson Vieira Macabu, DJ: 07/06/2011, T5 – Quinta Turma. JusBrasil, 2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21083579/habeas-corpus-hc-149250-sp-2009-0192565-8-stj/inteiro-teor-21083580?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 18 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. **186118RS2010/0176160-2**. Relator: Ministro Haroldo Rodrigues, DJ: 09/12/2010. JusBrasil, 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17656877/habeas-corpus-hc-186118?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. **278794 SP 2013/0333661-0**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, DJ: 07/10/2014, T6 – Sexta Turma. JusBrasil, 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153371981/habeas-corpus-hc-278794-sp-2013-0333661-0?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.**382646SC2016/0328313-5**, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, DJ: 25/04/2018. JusBrasil, 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/570866097/habeas-corpus-hc-382646-sc-2016-0328313-5?ref=topic_feed>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.**1435421 RS 2014/0029779-8**. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJ: 16/06/2015, T6 - Sexta Turma. JusBrasil, 2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202282396/recurso-especial-resp-1435421-rs-2014-0029779-8?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 mai. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Habeas Corpus n.**3617 2004.02.01.0007999-4**. Relator: Desembargadora Federal Maria Helena Cisne. DJ: 19/10/2004, Sexta Turma. JusBrasil. 2004. Disponível em: <<https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/887176/habeas-corpus-hc-3617>>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal n.**127488PR2000.04.01.127488-8**. Relator: Fábio Bittencourt da Rosa. DJ: 22/10/2002, Sétima Turma. JusBrasil. 2002. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8657664/apelacao-criminal-acr-127488-pr-20000401127488-8>>. Acesso em: 01 out. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHAMMÉ, Sebastião Jorge. **Saúde um processo em constante construção**. 1997. 486 f. Tese (Livre-Docência em Teoria Sociológica) – Faculdade de Filosofia e Ciências, UNESP – Campus de Marília, 1997.

EBERHARDT, M. **O STJ e a preservação da cadeia de custódia da prova**. Canal Ciências Criminais, 2015. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/o-stj-e-a-preservacao-da-cadeia-de-custodia-da-prova/>>. Acesso em: 16 mai. 2018.

EUGLE, M. J. **Cadeia de custódia das provas no Processo Penal**. Digital Rights, 2017. Disponível em: <<http://digitalrights.cc/dppp/2017/03/04/cadeia-de-custodia-das-provas-no-processo-penal/>>. Acesso em: 16 mai. 2018

FILHO, Claudemir Rodrigues Dias. **Cadeia Custódia: Do Local de Crime ao Trânsito em Julgado; do Vestígio à Evidência**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/27896611/Cadeia-de-custodia-do-local-de-crime-ao-transito-em-julgado-do-vestigio-a-evidencia>>. Acesso em: 28 set. 2018.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica: Considerações Sobre a Lei n. 9.296/96**. 3. ed.; São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Manual de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINHO, Girlei Veloso. **Cadeia de Custódia da Prova Pericial**. 2011. 110 f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresa Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa, 2011.

MINAS GERAIS. TJ. **Apelação Criminal: APR10342120065061001 MG**. Relator: Nelson Missias de Moraes, DJ: 19/05/2016, Segunda Câmara Criminal. JusBrasil, 2016. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/345017431/apelacao-criminal-apr-10342120065061001-mg?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 01 out. 2018.

MINISTRO Fachin convoca audiência pública para debater bloqueios judiciais do WhatsApp. **STF**, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328600>>. Acesso em: 24 set. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Geraldo. **Ainda sobre a quebra da cadeia de custódia das provas**. In: Boletim do IBCCrim, n. 262, setembro de 2014.

_____. **Prova penal e sistema de controle epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23 ed. São Paulo. Atlas. 2015.

RIGAMONTE, P. S. **A Quebra na Cadeia de Custódia na Prova Penal**. Disponível em: <<https://paulosrigamonte.jusbrasil.com.br/artigos/336570778/a-quebra-na-cadeia-de-custodia-na-prova-penal>>. Acesso em: 16 mai. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. TJ. **Apelação Crime n. 70075906271 RS**. Relator: Sérgio Miguel AchuttiBlattes, DJ: 28/02/2018, Terceira Câmara Criminal. JusBrasil, 2018. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559082322/apelacao-crime-acr-70075906271-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 30 set. 2018.

SILVA, A. P. G. A Prova Ilícita no Processo Penal. **DireitoNet**, 2011. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6150/A-prova-ilicita-no-processo-penal>>. Acesso em: 27 set. 2018.

SILVA, A. R. **Princípio da Legalidade**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3816/principio-da-legalidade/1>>. Acesso em: 18 mai. 2018.

SOPRANA, P. **Como a Polícia Pode Dar a Volta na Criptografia do WhatsApp**. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/vida/experiencias-digitais/noticia/2016/07/como-policia-pode-dar-volta-na-criptografia-do-whatsapp.html>>. Acesso em: 24 set. 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed.; Salvador: JusPodivm, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Código de Processo Penal Comentado**. v. 1. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.