

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**A (QUEBRA) CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL
E A PRESERVAÇÃO DA FONTE DE PROVA**

GABRIELA SILVA TEIXEIRA DA ROCHA

**PRESIDENTE PRUDENTE/SP
2019**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**A (QUEBRA) CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL
E A PRESERVAÇÃO DA FONTE DE PROVA**

GABRIELA SILVA TEIXEIRA DA ROCHA

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal, sob orientação do Professor Rodrigo Lemos Arteiro.

PRESIDENTE PRUDENTE/SP

2019

A (QUEBRA) CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E A PRESERVAÇÃO DA FONTE DE PROVA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal..

Rodrigo Lemos Arteiro

Orientador

Florestan Rodrigo do Prado

Examinador

Émerson de Oliveira Longhi

Examinador

PRESIDENTE PRUDENTE/SP, 27 DE MARÇO DE 2019

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais por oportunizarem meus estudos e por sempre me incentivarem a buscar conhecimento;

Agradeço ao meu orientador por sempre estar à disposição, por sua dedicação e incentivo para escrever esta monografia;

Agradeço à Deus por me dar forças para encarar todas as dificuldades encontradas durante o desenvolvimento deste texto.

RESUMO

Busca-se com este trabalho mostrar a necessidade de adequações da norma processual penal à norma constitucional, principalmente quando o assunto for investigação criminal, procedimento sobre qual ainda são muitos os resquícios de um modelo inquisitivo, não abrangido pela Constituição Federal. Assim, deve-se analisar a incidência de princípios processuais penais já na fase preliminar, como maneira de se obter a legitimidade da investigação e diminuir os riscos de condutas arbitrárias e ilegais, mediante o controle de legalidade. Para tal controle, não basta apenas a atuação das partes; a investigação deve ser formalizada e conter todos os atos e peças capazes de conter um histórico cronológico e autêntico, o que se torna possível constatar por meio da cadeia de custódia dos elementos da investigação criminal. Embora sua regulamentação ainda seja mínima, é um dispositivo de grande relevância na atualidade, pois é por meio dela que se mantém a integridade e a rastreabilidade das fontes de prova. Quando ocorre a sua quebra, a rastreabilidade se perde e o elemento probatório se transforma em prova ilícita, por ferir o direito à prova, direito de defesa, paridade de armas, contraditório e o devido processual legal.

Palavras-chave: Sistemas Processuais Penais. Investigação Criminal. Elementos da Investigação. Cadeia de Custódia da Prova. Controle de Legalidade da Investigação Criminal. Prova Ilícita.

ABSTRACT

This work seeks to show the need for adaptations of the criminal procedural norm to the constitutional norm, especially when the subject is criminal investigation, a procedure on which there are still many remnants of an inquisitive model, not covered by the Federal Constitution. Thus, it is necessary to analyze the incidence of criminal procedural principles already in the preliminary phase, as a way to obtain the legitimacy of the investigation and to reduce the risks of arbitrary and illegal conduct, through the control of legality. For such control, it is not enough the parties to act; the investigation must be formalized and contain all the acts and pieces capable of containing a chronological and authentic history, which makes it possible to establish through the chain of custody the elements of the criminal investigation. Although its regulation is still minimal, it is a device of great relevance at present, because it is through it that the integrity and traceability of the sources of evidence are maintained. When its break occurs, traceability is lost and the evidentiary element turns into unlawful evidence, because it damages the right to proof, right of defense, parity of arms, contradictory and due process legal.

Key-words: Criminal Procedural Systems. Criminal Investigation. Elements of Research. Chain of Custody. Control of Legality of Criminal Investigation. Unlawful Proof.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	10
2.1 Breve Histórico dos Sistemas Processuais Penais	10
2.2 Características dos Sistemas Processuais.....	17
2.3 Sistema Processual Penal no Brasil.....	21
3 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	26
3.1 Conceito, Natureza Jurídica e Características da Investigação Criminal	27
3.2 Princípios Constitucionais da Investigação Criminal	32
3.2.1 Princípio da legalidade das investigações.....	33
3.2.2 Princípio do devido processo legal.....	34
3.2.3 Princípio da inadmissibilidade da prova ilícita	38
3.2.4 Princípios do contraditório e ampla defesa.....	43
3.2.5 Princípio da publicidade	48
3.3 Controle de Legalidade da Investigação Criminal	50
4 CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PENAL	54
4.1 Conceito e Finalidade da Cadeia de Custódia da Prova	54
4.2 Cadeia de Custódia dos Elementos Probatórios da Investigação Criminal.....	58
4.3 Quebra da Cadeia de Custódia e Suas Consequências	65
4.4 Previsão da Cadeia de Custódia da Prova no Ordenamento Jurídico Brasileiro.	70
5 CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS.....	77

1 INTRODUÇÃO

Por meio do presente trabalho, buscou-se demonstrar a necessidade de introduzir princípios processuais constitucionais à investigação criminal como forma de adequação ao novo modelo de sistema processual desejado pela Constituição Federal, apontando a cadeia de custódia da prova como método indispensável à preservação de direitos e princípios incidentes na fase preliminar da persecução penal.

Para tanto, foi necessário traçar, brevemente, o desenvolvimento histórico dos sistemas processuais e colacionar suas características, constatando-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, há um descompasso entre o sistema acusatório previsto na Constituição e o inquisitivo previsto no Código de Processo Penal, mesmo após reformas; bem como desenvolver uma reflexão e vislumbrar a ideia de uma investigação criminal mais garantista diante da exigência da norma constitucional.

Neste contexto, percebeu-se a relevância dos elementos colhidos na investigação criminal e a necessidade de se respeitar as garantias do processo penal, mediante a formalização do procedimento preliminar para a realização do controle externo do poder de investigação do Estado, que se materializa por meio da cadeia de custódia da investigação, ou seja, processo de documentalização, registros de cada etapa da investigação e da elaboração dos elementos probatórios (desde a cena do crime até o seu resultado final) e preservação da prova produzida, para que seja íntegra e válida para o processo.

A temática da cadeia de custódia da prova penal, destacou-se após o julgamento do HC 160.622-RJ pelo STJ, em 2014, no qual devido ao fato de ocorrer o extravio de parte da prova de interceptação telefônica, a 6ª Turma determinou que fossem retirados dos autos do processo as transcrições realizadas por não ser possível a análise, pela defesa, dos áudios. Assim, ficou visível a preocupação do Poder Judiciário com o manuseio e a produção da prova que deriva da investigação preliminar.

Verificou-se que, quando é respeitada a cadeia de custódia na investigação, consegue-se assegurar a efetivação do direito à prova, paridade de armas entre as partes, o princípio do devido processo legal, da publicidade, contraditório e ampla defesa. No entanto, se neste momento da persecução, tão

somente dedicado à apuração dos fatos, o Estado não respeitar a integridade da prova a ser produzida (sem preservação das fontes) a defesa não terá meios de exercer o contraditório e a ampla defesa mesmo na fase processual, assim como seu direito à prova e o controle de legalidade.

Analisou-se que a quebra da cadeia de custódia leva à perda da rastreabilidade da fonte de prova, e, por consequência, gera provas ilícitas, refutadas pela norma constitucional, no artigo 5º, LVI, CF, devendo ser retiradas dos autos, pois, uma vez que não se consegue determinar a fonte da prova, nem seu histórico de produção, não é possível elucidar se houve manipulações indevidas que influenciarão no resultado de toda a persecução penal.

Deste modo, os elementos probatórios da investigação criminal não são meros elementos informativos e geram reflexos em garantias fundamentais e processuais penais, como direito à liberdade, à prova, contraditório, presunção de inocência e ampla defesa.

A (quebra) cadeia de custódia é relevante para uma persecução penal garantista e transparente. Quando respeitada, traz segurança jurídica e tutela penal efetiva, justa, equilibrada e legítima, alcançando a verdade processual ao proteger a idoneidade da prova com os registros de sua produção, seu histórico.

No desenvolvimento do trabalho, o método hipotético-dedutivo foi utilizado, tendo como ponto de partida o problema que é a defasagem na cadeia de custódia na persecução penal brasileira.

Utilizou-se como recurso a pesquisa documental, aproveitando legislação existente e a jurisprudência, para conhecer o posicionamento dos Tribunais sobre o objeto deste trabalho, além da pesquisa bibliográfica, como uso de doutrinas, artigos, teses e publicações avulsas, fortemente empregados, já que neles é que se constroem teorias e interpretações do ordenamento jurídico brasileiro, compatíveis com a realidade e necessidades do processo penal.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Os sistemas processuais penais se desenvolveram de acordo com os períodos da História nos quais o Estado assumia um perfil diferente.

Quando se trata de um sistema acusatório, dá-se maior poder aos indivíduos de uma sociedade, limitando a atuação do Estado no conflito. Já quando se aplica o sistema inquisitório, o Estado detentor do poder de punir, adotando uma visão utilitarista e de controle social, investiga e julga sem a observação das garantias do acusado, sob a justificativa de restaurar a paz social cindida pelo criminoso. Assim, “os modelos processuais inquisitivo e acusatório são reflexo da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época” (LOPES JR, 2008, p. 55).

Este movimento que é pendular, como será possível averiguar no estudo histórico, altera a forma adotada de solução de conflitos no âmbito penal pela sociedade, alternando entre sistemas acusatório e inquisitório, dando origem também ao sistema processual penal misto, o qual nasce por uma fusão de ambos os modelos anteriores.

2.1 Breve Histórico dos Sistemas Processuais Penais

Para os sistemas processuais penais, a Antiguidade marca o surgimento do sistema acusatório, mais especificamente, segundo Aury Lopes Jr. (2008), no Direito grego, o qual se desenvolveu com a participação popular na acusação e julgamento.

Os gregos estabeleciam a divisão entre crimes privados e crimes públicos, de maneira que, nestes qualquer cidadão poderia atuar como acusador, pois eram crimes que atingiam a coletividade, e naqueles apenas o ofendido poderia acusar o infrator. Quanto à defesa, em se tratando de crime privado ou público, o acusado de cometer a infração deveria se defender, como leciona Geraldo Prado (2005, p. 128):

Averbe-se, porém, que o prestígio do modelo ateniense de persecução penal derivou exatamente do sistema de acusação popular, em relação aos crimes públicos, faculdade deferida a qualquer cidadão, de um modo geral, pela Assembleia do Povo, para, em nome do próprio povo, sustentar a acusação. Assim, o ofendido ou qualquer cidadão apresentava e sustentava

a acusação perante o Arconte e este, conforme se cuidasse de delito público, convocava o Tribunal, cabendo ao acusado defender-se por si mesmo (em algumas ocasiões era auxiliado por certas pessoas). Cada parte apresentava as suas provas e formulava suas alegações, não incumbindo ao tribunal a pesquisa ou aquisição de elementos de convicção. Ao final, a sentença era ditada na presença do povo.

A investigação preliminar era iniciada pelo acusador para formar a *opinio delicti*, ou seja, buscar elementos que pudesse usar como argumento para a acusação.

Desta forma, evidenciando a igualdade entre as partes, o contraditório e a presunção de inocência – já que o réu era quem elaborava sua defesa e, para isso, respondia ao processo solto – defesa e acusação deveriam apresentar suas alegações para que o Tribunal, composto por julgadores inertes e imparciais durante a instrução, pudesse julgar e solucionar o conflito.

Cuidando dessas características do sistema grego, descreve Salah H. Khaled Jr. (2016, p. 39):

Apesar dessas considerações, no que se refere aos aspectos processuais o sistema ateniense caracteriza-se por conter elementos que são fundamentais para o sistema acusatório: a separação das funções de acusar e julgar, a gestão das provas nas mãos das partes e a publicidade e oralidade. Trata-se de um procedimento estruturado com base na argumentação e em uma produção da verdade que era dinamizada pelo seu aspecto dialogal, ou seja, supremacia do contraditório, configurando um modelo de processo acusatório clássico, no qual o juiz não age por iniciativa própria, “*ex officio*”: ou seja, não pode impulsionar o procedimento e investigar os fatos não é missão sua. Seu papel consiste exclusivamente em examinar o que as partes trazem ao processo e decidir sobre sua verdade: dirige o combate e anuncia o resultado.

Já em Roma, durante a Monarquia, vigeu o sistema do *cognitio* no qual as funções de investigar, instruir e julgar eram todas acumuladas na pessoa do magistrado e não havia garantias aos acusados, pois estes eram vistos como objetos do processo. Conforme Maier (2004, p. 274-275):

Precisamente ese magistrado, antes de hacer efectivo el poder penal en su decisión, llevaba a cabo una especie de instrucción sumaria que recibía el nombre de *cognitio*. El poder, sin embargo, era ilimitado, pues el magistrado o el rey, en su caso, reunía en sí todas las funciones procesales: se avocaba espontaneamente al conocimiento de una imputación sin

necesidad de provocación extraña y realizaba la investigación a su puro arbitrio¹.

Como forma de limitar o poder de punir do Estado, surgiu a *provocatio ad populum*, a qual era uma espécie de recurso, possibilitando ao condenado de recorrer da decisão do juiz.

No fim da República Romana, surgiu a *accusatio* como nova forma de procedimento, visto que, neste momento político, a soberania encontrava-se nas mãos dos cidadãos, sendo necessárias mais garantias em detrimento do Estado. Assim, de forma muito similar ao sistema acusatório grego, um representante da sociedade, um cidadão romano, poderia atuar como órgão da persecução penal. Tais cidadãos viam neste papel de *accusator* “uma oportunidade de aperfeiçoar a arte de declarar em público, podendo exhibir para os eleitores sua aptidão para os cargos públicos” (LOPES JR, 2008, p. 57).

De acordo com Fernando da Costa Tourinho Filho (2011), para que o processo pudesse ter início, o acusador apresentava a *postulatio* ao *quaesitor*, uma vez aceita, o cidadão acusador poderia iniciar as investigações, devendo ficar até a decisão final, de maneira a se concluir que só poderia haver processo com a acusação. Neste sistema, o magistrado se limitava apenas à função jurisdicional, garantindo a igualdade entre as partes e o contraditório.

Com o advento do Império, mais uma vez o sistema processual penal sofre alterações, já que neste a arbitrariedade do Estado retorna, centralizando a persecução penal em suas mãos. Neste período, portanto, surgiu a *cognitio extra ordinem*, procedimento em que os magistrados acumulavam as funções processuais novamente e agiam de ofício, exceto quanto aos delitos privados.

A queda do Império Romano, em 476 d.C. (século V) dá início à Idade Média que persiste até meados do século XV, estruturada sob o feudalismo e domínio da Igreja nos assuntos do Estado.

Embora o sistema romano tenha contribuído para o surgimento do sistema inquisitivo, este só passou a dominar a partir do século XIII, período no qual o Direito Canônico contaminou as jurisdições laicas de toda a Europa Continental,

¹ Precisamente esse magistrado, antes de efetivar o poder penal em sua decisão, realizava uma espécie de instrução sumária que recebia o nome de *cognitio*. O poder, no entanto, era ilimitado, já que o magistrado ou rei, nesse caso, reunia em si todas as funções processuais: invocava espontaneamente o conhecimento de uma imputação sem a necessidade de provocação externa e conduzia a investigação a seu próprio arbítrio (tradução nossa).

principalmente no que diz respeito à adoção do sistema inquisitivo como modelo, o que perdurou até meados do século XVIII. Julio B. J Maier (2004, p. 288-289) corrobora este entendimento:

El advenimiento y la implantación del *sistema inquisitivo* como modo de enjuiciamiento penal en el Derecho laico recorrió seis siglos de la historia de Europa continental, desde el siglo XIII, época en la que comenzó a arraigarse, hasta el siglo XVIII, momento de su decadencia. El siglo XIX marcó su transformación definitiva, por lo menos en el continente europeo, no sin antes dejar tras de sí profundas huellas que aún perduran en el procedimiento penal de nuestro días.

Como siempre, su desarrollo fue el producto de un cambio político profundo y se acomodó perfectamente a él. Durante la última parte de la Edad Media entraron en conflicto los señoríos locales (poder feudal) con el poder del monarca, quien pretendía aglutinar las diferentes comarcas que reconocía o ambicionaba, bajo su dominio, sobre la base de una única forma de organización política central. La lucha se decidió a favor del rey y el triunfo abrió paso – ya de manera genérica en la Edad Moderna – a la creación de los *estados nacionales*, que aún hoy perduran como idea cultural, y al sistema de organización política que ha dado en llamarse *absolutismo* o *monarquía absoluta*. La base del sistema político fue la concentración de todos los atributos de la soberanía – legislar, juzgar y administrar – en un poder central, el monarca, consustanciado con el mismo Estado. Como nota adicional el período también reflejó, a manera de conclusión de la Edad Media, el notable crecimiento de la Iglesia Católica con su idea de *universitas christiana*, que viene a ceder, como el feudalismo al final de la Edad Media, a favor del comienzo de formación de los estados nacionales, organización política perfectamente estructurada durante la Edad Moderna, no sin dejar profundas huellas culturales, en el área jurídica y del injuiciamiento penal.²

O Estado Absolutista, sob a justificativa de manter a paz social, concentrou o poder e tomou para si a responsabilidade de combater a criminalidade, de maneira que o rei concedia aos juízes a competência de desenvolver toda a

² O advento e a implementação do sistema inquisitivo como modo de procedimento penal no Direito Laico durou seis séculos da história da Europa continental, desde o século XIII, época em que começou a se fixar, até o século XVIII, momento de sua decadência. O século XIX marcou sua transformação definitiva, pelo menos no continente europeu, não sem antes deixar para trás profundas marcas que ainda perduram no procedimento penal de nossos dias.

Como sempre, seu desenvolvimento foi o produto de uma mudança política profunda e se acomodou perfeitamente a ela. Durante a última parte da Idade Média entraram em conflito os senhores locais (poder feudal) com o poder do monarca, quem pretendia aglutinar as diferentes comarcas que conhecia ou queria, sob seu domínio, sobre a base de uma única forma de organização política central. A luta se decidiu a favor do rei e o triunfo abriu espaço – já de maneira geral na Idade Moderna – para a criação dos *estados nacionais*, que mesmo hoje persistem como ideia cultural, e ao sistema de organização política que foi chamado *absolutismo* ou *monarquia absoluta*. A base do sistema político foi a concentração de todos os atributos da soberania – legislar, julgar e administrar – em um poder central, o monarca, consubstanciado com o mesmo Estado. Como nota adicional o período também refletiu, a maneira de conclusão da Idade Média, o notável crescimento da Igreja Católica com sua ideia de *universitas christiana* que veio ceder, como o feudalismo ao final da Idade Média, em favor do começo da formação dos estados nacionais, organização política perfeitamente estruturada durante a Idade Moderna, não sem antes deixar profundas marcas culturais no âmbito jurídico e do procedimento penal (tradução nossa).

persecução penal. No entanto, as verdadeiras intenções da monarquia era manter o controle da sociedade e instituições, conservando uma estrutura social que a beneficiava.

Sobre o sistema inquisitivo, explica Geraldo Prado (2005, p. 142):

(...) a forma escrita, em contraposição à oralidade, o segredo, confrontando a publicidade e a iniciativa do juiz para o procedimento.

Naturalmente, altera-se o eixo do procedimento e o acusado que no sistema acusatório era sujeito de direitos, deveres, ônus e faculdades, passa a objeto da investigação.

Da busca da "verdade real" renascem os tormentos pelas torturas, dispostas a "racionalmente" extraírem dos acusados a sua versão dos fatos e, na medida do possível, a confissão, fim do procedimento, preço da vitória e sanção representativa da penitência.

Havia, portanto, um juiz-inquisitor, pois atuava como acusador e julgador, podendo realizar, mediante denúncia ou de ofício, a investigação, instrução e proferir decisão sobre o fato; o acusado era objeto da investigação, considerado como meio de obtenção de provas em um procedimento secreto, no qual se permitia a tortura para alcançar a confissão, além de não serem concedidas quaisquer garantias a ele, como contraditório ou defesa.

A Inglaterra, neste mesmo período histórico, diferentemente do restante da Europa Continental, não deixou de adotar o sistema acusatório puro, hoje denominado de *adversarial system*:

O processo inglês em sua forma clássica é um procedimento de partes no qual o juiz dirige o júízo como uma espécie de condutor imparcial: trata-se de um processo acusatório puro, porque somente os fatos alegados pela acusação podem conduzir uma condenação (KHALED JR, 2016, p. 113).

Em meados do século XVIII, caminhando para a contemporaneidade, surgiram movimentos, como o Iluminismo, que objetivavam romper com o sistema inquisitivo, para limitar o poder de punir do Estado (limitar o poder absoluto do rei) e fortalecer as liberdades individuais. Por fim, com a ocorrência da Revolução Francesa e a consagração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ambas em 1789, houve a possibilidade de se implantar um novo sistema, o qual respeitasse garantias processuais penais, como a presunção de inocência, contraditório, separação de funções de acusar e julgar e a extinção da tortura.

Justamente pelo movimento iluminista francês, logo após a Revolução Francesa, adotou-se também o sistema de Júri na França, no qual havia o Júri de acusação e o de julgamento, era oral e contraditório, de acordo com Fernando da Costa Tourinho Filho (2011). Entretanto, esta visão revolucionária garantista não resistiu, como disserta Luigi Ferrajoli (2002, p. 454):

A batalha cultural e política contra a irracionalidade e o arbítrio desse procedimento forma um dos motivos animadores de todo o Iluminismo penal reformador. De Thomasius a Montesquieu, de Beccaria a Voltaire, de Verri a Filangieri e a Pagano, todo o pensamento iluminista concordou com a denúncia da desumanidade da tortura e do caráter despótico da Inquisição, assim como com o redescobrimto dos valores garantistas da tradição acusatória, tal como foi transmitida do antigo processo romano ao ordenamento inglês. Foi portanto natural que a Revolução Francesa adotasse – na oportunidade imediatamente seguinte a 1789 – o sistema acusatório, baseado na ação popular, no júri, no contraditório, na publicidade e oralidade do juízo e na livre convicção do juiz. Mas a experiência acusatória não perdurou, no continente europeu, depois dos anos da revolução. Já o Código termidoriano de 1795 e depois o Código napoleônico de 1808 dera vida àquele “monstro, nascido da junção entre os processos acusatório e inquisitório”, que foi o assim denominado “processo misto”, com prevalência inquisitória na primeira fase, escrita, secreta, dominada pela acusação pública e pela ausência de participação do imputado quando este era privado da liberdade; tendentemente acusatório na fase seguinte dos debates, caracterizado pelo contraditório público e oral entre acusação e defesa, porém destinados a se tornar uma mera repetição ou encenação da primeira fase.

A partir de 1808, então, segundo Geraldo Prado (2005), originou-se o sistema misto, o qual é dividido em duas fases: a fase preliminar inquisitorial, em que a investigação era realizada secretamente pelo juiz, posteriormente substituído pelo Ministério Público; a segunda fase marcada pelo contraditório e debate entre as partes.

Quanto à justificativa do retorno do caráter inquisitivo para o processo penal, explica Salah H. Kaled Jr (2016, p. 125):

O regresso inquisitório partia da consideração de que a legislação penal da Revolução havia descuidado da persecução penal pública em função da segurança do cidadão e logo exigia-se que o Estado a organizasse efetivamente – de acordo com o princípio inquisitivo – contra os inimigos que violavam gravemente o que agora era chamado de pacto social.

Então, passou a dividir a persecução penal em duas partes, sendo que uma delas, a preliminar, seria tão somente desenvolvida por uma instituição criada pelo próprio Estado, Ministério Público, o qual decidiria sobre acusar ou não, a

dependem dos elementos colhidos na investigação, levando tais elementos probatórios, sem o contraditório, para dentro do processo. O objetivo era punir aquele que rompesse com o pacto social com sua prática delitiva.

O sistema misto francês “refletiu em quase toda a Europa” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 118). No século XIX, houve movimentos com a intenção de extinguir a inquisitorialidade da fase preliminar, o que permitiu a intervenção da defesa neste momento da persecução penal em alguns diplomas processuais penais, embora fosse de maneira tímida. Na continuação de sua explanação, cita alguns exemplos:

O Código austríaco de 1837 permitia ao imputado fazer-se acompanhar do seu Defensor, salvo algumas exceções. O imputado preso podia conferenciar, conversar com seu Defensor em presença de um funcionário da Justiça. Todavia nem a defesa nem a acusação podiam presenciar o interrogatório e os depoimentos. Em 1877 surge o Código alemão, salientando que o imputado podia fazer-se acompanhar de um Defensor em qualquer fase do processo, mas a defesa somente era obrigatória em casos graves ou especiais. Na instrução preliminar, a defesa tinha escassa intervenção. Com mais liberalidade, o Código norueguês, em 1877, estabeleceu como princípio geral, a publicidade dos atos instrutórios e a possibilidade de “as partes formularem observações e perguntas que julgasse oportunas”. Contudo, havia exceções.

Seguiam-lhe as pegadas os Códigos da Hungria, de 1896, o da Espanha, de 1882 e, finalmente, foi promulgada na França a Lei Constans, de 1897, abolindo o caráter inquisitivo da instrução. Esta deixou de ser secreta para converter-se em contraditório. Em 1913 surgiu o Código de Processo da Itália, sob o mesmo influxo liberal, modificado mais tarde pelo Código de 1930, onde se consagrou a “concepção política imperante da superior e totalitária autoridade do Estado” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 118-119).

Pode-se afirmar, de acordo com Geraldo Prado (2005), que este avanço pela prevalência do sistema acusatório principalmente a partir do século XX, foi uma reação decorrente da proliferação dos regimes totalitários que culminaram em duas Guerras Mundiais, nos quais se utilizava de um modelo inquisitório extremado.

A mudança de perspectiva no período pós-guerras, faz com que se limite novamente o poder do Estado frente às fortes influências de garantias e direitos fundamentais que passam a ter proteção constitucional nos Estados Democráticos de Direito e devem ser obrigatoriamente observadas, como por exemplo, o contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, devido processo legal, paridade de armas e legalidade. Deste novo aspecto, é possível constatar a predominância das características do sistema acusatório na contemporaneidade.

2.2 Características dos Sistemas Processuais

De acordo com Aury Lopes Júnior (2008), não existem mais sistemas puros, ou seja, o sistema processual de um determinado Estado é indicado pelo princípio que predomina em toda a persecução penal, tão somente para classificar o sistema processual, mas possuirá, também, características do outro modelo. Por isso, conhecer das características de cada sistema é importante para saber qual será o modelo de persecução penal a predominar.

Pela análise histórica dos sistemas processuais penais, é possível identificar dois modelos basilares: sistema acusatório e o sistema inquisitivo. O terceiro, denominado sistema misto, surge da fusão dos outros dois. Tais modelos, normalmente, são diferenciados pela divisão ou não das funções no processo penal.

O sistema acusatório é informado pelo princípio do dispositivo, pelo qual “somente as partes podem levar o material probatório para o processo, sendo vedada qualquer iniciativa probatória do juiz” (BADARÓ, 2003, p. 77).

Assim, há a separação nas funções do processo, pois se tem um julgador, acusador e defensor, o que mantém a imparcialidade do juiz que julgará sem ter participado da colheita de provas, não restando prejudicada sua equidistância das partes; promove a igualdade de condições entre as partes, já que ambas buscam as provas daquilo que pretendem arguir, proporcionando o contraditório; está calcado no princípio da presunção da inocência, pois, na dúvida, o juiz deve absolver; o imputado é visto como sujeito de garantias processuais:

El *acusado* es un sujeto de derechos colocado en una posición de igualdad con el acusador, cuya situación jurídica durante el procedimiento no varía decididamente hasta la condena; si bien se conciben medidas de coerción, su privación de la libertad, durante el enjuiciamiento, es una excepción (MAIER, 2004, p. 445).³

Também possui características secundárias, como a oralidade do procedimento e a publicidade dos atos, mas, como é possível depreender, não são propriedades informadoras do sistema.

³ O *acusado* é um sujeito de direitos colocado em uma posição de igualdade com o acusador, cuja situação jurídica durante o procedimento não varia decididamente até a condenação; embora se conceda medidas de coerção, a privação de sua liberdade, durante o procedimento, é uma exceção (tradução nossa).

Resumindo as principais características do sistema acusatório, Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 103) disserta:

Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra.

Passando à análise do sistema inquisitório, na contramão do modelo acusatório, tem-se como princípio norteador, o inquisitivo. Nele há acúmulo de funções na pessoa do inquisitor, qual seja, o juiz atua como acusação, julgador e defesa.

No modelo inquisitório, ocorre a denúncia ao juiz-inquisitor, o qual realiza a investigação e, também, sentencia o processo. Desta forma, a parcialidade predomina; adota-se o sistema de prova legal para a valoração da prova; permite-se a tortura, precipuamente, para alcançar a confissão do acusado, porque esta seria a prova de maior valor para a condenação. Assim, não há contraditório e o réu é visto como objeto no processo penal.

Explicando sobre os atributos do sistema inquisitivo, explana Tourinho Filho (2011, p. 121):

O processo de tipo inquisitório é a antítese do acusatório. Não há o contraditório, e por isso mesmo inexitem as regras da igualdade e liberdade processuais. As funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas numa só pessoa: o Juiz. É ele quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e, a final, profere a decisão, podendo, no curso do processo, submeter o acusado a torturas, a fim de obter a rainha das provas: a confissão. O processo é secreto e escrito. Nenhuma garantia se confere ao acusado. Este aparece em uma situação de tal subordinação que se transfigura e se transmuda em objeto do processo e não em sujeito de direito.

O estudo destes dois modelos processuais permite que se estabeleça uma diferenciação entre eles principalmente de acordo com as funções que são exercidas no processo. Se há a separação das funções, será acusatório; se o juiz acumula funções, será inquisitório.

De ambos, derivou o sistema misto. Este modelo é caracterizado pela divisão da persecução penal em duas fases: a pré-processual e a processual.

Na fase preliminar, vigora o princípio inquisitivo, na qual uma instituição estatal realiza as investigações na busca de elementos que formarão o convencimento do Ministério Público sobre dar continuidade ao processo ou não, de forma sigilosa e sem contraditório. Além disso, o juiz tem poderes instrutórios nesta fase, por isso, seria um momento inquisitivo, assim como pelo fato de os elementos colhidos na fase preliminar serem introduzidos ao processo posteriormente.

Já na fase processual, decidindo o órgão estatal por acusar, o princípio norteador é o dispositivo, de maneira que as funções são divididas e há contraditório.

Luigi Ferrajoli (2002) critica este sistema por entender que o poder instrutório do juiz na fase preliminar esvazia a fase processual, pois nesta ocorreria a mera reprodução daquela com o comprometimento da imparcialidade. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2003), contrariamente, entende não comprometer a imparcialidade do juiz quando determina realização de provas que possam efetivamente auxiliar na reconstrução dos fatos.

Entre esses diferentes posicionamentos, a maioria da doutrina alia-se ao de Luigi Ferrajoli, e Salah H. Khaled Júnior (2016, p. 131-132), neste sentido, defende:

Pela ausência de freios ao poder, o saber acabava por ser autoritário, pois a suposta verdade histórica era constituída de acordo com a conduta tipificada que a investigação preliminar – inquisitória – pretendia atribuir ao acusado, restando apenas a confirmação desse resultado. O caráter de potencial garantia do sistema se perdia quase que por completo, pois a manutenção de uma estrutura inquisitória na primeira fase fazia da segunda fase um espetáculo pseudoacusatório, no qual o que contava era a satisfação da ambição da verdade preconizada na etapa preliminar. Em última análise, a hipótese acusatória já vinha dada para o juiz, que partia da expectativa de preenchimento dessa “verdade”. Se os elementos colhidos na primeira etapa fossem postos em questão, ainda restava a opção de solicitação de novas diligências, conformando novamente uma sobreposição dos papéis de acusar e julgar.

(...) Nesse sentido, percebe-se claramente qual a opção política que delineou a estruturação do sistema em questão, fazendo com que a característica patológica da produção inquisitória da verdade fosse artilhosamente encoberta. Se no sistema da Inquisição o juiz apenas confirmava uma verdade a que ele mesmo havia dado origem, no sistema bifásico a “verdade” obtida geralmente não correspondia aos fatos, mas, sim, às intenções dos investigadores originais. Como o objetivo por trás do sistema era manter a ordem, foi concedida grande margem de discricionariedade ao arbítrio judicial quanto à confirmação de hipóteses acusatórias oriundas da investigação preliminar. Isso conduziu a um procedimento processual eminentemente pragmático e de caráter inquisitório, que consagrava na prática a sujeição criminal, em franca oposição ao caráter garantista originalmente proposto.

Coerente é o argumento de que, os elementos colhidos em uma investigação deveriam servir apenas para a acusação decidir sobre denunciar ou não, sem que fizessem parte do processo, pois foram colhidos sem o crivo do contraditório, e passam a interferir no convencimento do juiz, tanto que, se forem insuficientes, as informações, o juiz pode, diante deste modelo, determinar que se busque mais elementos. Essa atuação do juiz demonstra uma busca pela confirmação da conduta delitiva – o que era dever da acusação demonstrar – e pela aplicação do poder punitivo.

Esses são os três modelos processuais normalmente identificados nos ordenamentos jurídicos de países em que suas normas são codificadas. Em se tratando do *common law*, como é o caso dos Estados Unidos e da Inglaterra, há um sistema processual denominado *adversarial system*, o qual, segundo Salah Khaled Júnior (2016), respeita as garantias processuais penais dos agentes, como a presunção de inocência e o direito à não autoincriminação.

Neste sistema anglo-americano, portanto, há divisão das funções, assim como no acusatório, além de efetivo contraditório e paridade de armas, mas nele o juiz tem papel de neutralidade, ou seja, as partes trazem todas as provas e argumentos para o processo, de forma que o juiz é mero expectador do processo dialético, situação esta criticada por Eugênio Pacelli de Oliveira, pois, para este autor quando o juiz é inerte, “há que se conviver, em maior ou menor grau, com a possibilidade de condenação de alguém pela insuficiência defensiva” (2011, p. 12).

No mesmo sentido, disserta Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2003, p. 127-132):

No *adversary system* cabe às partes a produção da prova, não tendo o juiz, em regra, iniciativa probatória. Em consequência, se as provas produzidas pelas partes não são suficientes, o juiz não determinará a produção de nenhuma outra prova. Num processo de parte, em que os valores fundamentais são a liberdade, a autonomia e a iniciativa das partes, o juiz não deve buscar autonomamente a verdade, limitando-se a escolher entre as versões dos fatos formuladas pelas partes. Se as provas não são suficientes, aplicam-se as regras sobre o ônus da prova, com prejuízo para a parte onerada.

É fácil constatar que, nesta concepção dialética da prova, a reconstrução verdadeira dos fatos não é um escopo de tal sistema, que busca apenas a composição de um conflito entre as partes. Sob uma perspectiva de enfrentamento de partes, de luta entre elas, acaba triunfando a parte mais hábil ou mais esperta, não necessariamente a parte que tem direito. Tal concepção do processo tem sido denominada *sporting theory of justice*, na

qual o que realmente conta não é acerto do julgamento, com base numa reconstrução verdadeira dos fatos, mas a correta atuação do procedimento de confronto dialético das partes contrapostas, cujo objetivo é atingir a vitória final, com a derrota do adversário. Baseado em uma técnica de erro e acerto, a dialética processual ora pode levar a um resultado justo, ora a uma solução equivocada.

Apesar das críticas a este sistema, nele se desenvolveram técnicas ou regras que podem ser utilizadas na persecução penal brasileira, dando maiores garantias ao acusado, como aponta Geraldo Prado (2014), é o caso das *Federal Rules of Evidence (FRE)*, que seria a necessidade de existir uma prova para que se ultrapasse a presunção de inocência (já se adota regra semelhante no ordenamento jurídico brasileiro, pela absolvição por falta de provas, como é possível depreender do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal); ou de se possibilitar o controle de legalidade das provas produzidas antes mesmo do processo, fase de investigação, pelas próprias partes.

2.3 Sistema Processual Penal no Brasil

O Brasil, por ter sido colônia de Portugal, não teria legislação processual penal diferente de seu colonizador. No entanto, pelo fato do processo de colonização ter se iniciado mais tarde à descoberta, adotando-se as regras arbitrárias dos donatários das capitanias hereditárias, as Ordenações aplicadas no Brasil foram as Ordenações Filipinas, conforme Heráclito Antônio Mossin (2010), vigentes a partir do início do século XVII até serem substituídas pelo Código de Processo Criminal do Império de 1832.

Considerando-se o período histórico das Ordenações Filipinas, é possível identificar que o sistema adotado era o inquisitivo. Mesmo com o advento da independência em 1822, as Ordenações Filipinas só foram substituídas em 1832, explica Eugênio Pacelli de Oliveira (2011), pois, devido ao texto trazido pela Constituição Imperial de 1824, enquanto não fossem elaboradas normas processuais penais próprias, seriam utilizadas as leis portuguesas.

O Código de Processo Criminal do Império, em 1832, sob fortes influências do movimento iluminista europeu, na ânsia de rechaçar o Estado Absolutista, opressor das liberdades individuais, adotou o sistema acusatório,

admitindo garantias aos acusados, além das separações das funções. Vicente Greco Filho (2015, p. 88) explica:

Nas vésperas da Independência, por reflexo do movimento liberal europeu, a legislação portuguesa aplicável ao Brasil passa a estabelecer garantias para o acusado, abolindo-se a tortura e certas penas infamantes. Tais reformas, porém, não eram satisfatórias para o novo país de após 1822, que queria reagir firmemente contra as leis propiciadoras do arbítrio. Inspirado na Constituição de 25 de março de 1824, que definiu os direitos políticos e civis dos cidadãos brasileiros, surgiu o Código de Processo Criminal de 1832 em que dominava um espírito anti-inquisitorial e liberal.

Segundo Júlio Fabbrini Mirabete (2008), a Constituição Federal de 1891, decorrente da Proclamação da República em 1889, atribuía aos estados da federação competência para legislar sobre matéria processual penal, mas com o advento da Constituição de 1934, voltou-se a ter uma legislação processual unificada, originando o Código de Processo Penal de 1941, eminentemente inquisitivo.

O Código de Processo Penal de 1941, o qual vige ainda na atualidade brasileira, foi editado enquanto ocorria a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), período de domínio de governos autoritários, refletindo no texto produzido.

Nas palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira, o Código de Processo Penal foi “inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o CPP brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias de origem” (2011, p. 5).

Finda a Segunda Guerra Mundial, surge novamente uma Era garantista, da qual o Brasil, aos poucos, fora se adequando:

Na década de 1970, mais precisamente nos anos de 1973 e 1977, houve grandes alterações no aludido Código, iniciadas, aliás, com a Lei nº 5.349/67, por meio das quais foram flexibilizadas inúmeras regras restritivas do direito à liberdade. Mais recentemente, então, como as Lei nºs 11.689, 11.690 e 11.719, todas de junho de 2008, a legislação processual penal sofreu novos e grandes ajustes (OLIVEIRA, 2011, p. 7).

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2007), o sistema processual adotado pelo Código de Processo Penal de 1941 é o misto. No entanto, deve-se lembrar que este modelo processual não possui um princípio informador próprio, porque é a união do inquisitivo e o acusatório, de tal maneira que, há um princípio que predomina.

Assim, na lei processual penal, originalmente, havia apenas dois momentos na persecução penal. A investigação preliminar, via de regra, sigilosa, escrita, sem contraditório, deflagrada pela polícia judiciária, com oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, nas ações penais públicas (art. 24, do Código de Processo Penal), ou queixa pelo ofendido, nas ações penais privadas (art. 30, do Código de Processo Penal), podendo o juiz exercer poderes instrutórios nesta fase, nos termos do antigo artigo 156, *caput*, do Código de Processo Penal⁴.

Posteriormente, tem-se a fase de instrução, na qual deveria predominar o sistema acusatório, com contraditório pleno, publicidade dos atos, direito à prova e paridades de armas.

Entretanto, os elementos colhidos na investigação, sem o crivo do contraditório, fazem parte desta última fase, a processual, pois acompanham a denúncia ou queixa (art. 12, do Código de Processo Penal), além do fato de o juiz poder requisitar diligências para dirimir dúvidas, como previsto no atual artigo 156, II, do Código de Processo Penal, e da mesma forma na antiga redação, no *caput*, segunda parte, do dispositivo supracitado.

A Constituição Federal de 1988, embora não tenha feito explicitamente, adotou o sistema acusatório como é possível inferir da análise de seus dispositivos, como esclarece Aury Lopes Júnior (2008, p. 176):

Inicialmente, não prevê nossa Constituição – expressamente – a garantia de um processo penal orientado pelo sistema acusatório. Contudo, nenhuma dúvida temos da sua consagração, que não decorre da “lei”, mas da interpretação sistemática da Constituição. Para tanto, basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório. Recorde-se que a transição do sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Logo, democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica. Para além disso, possui ainda nossa Constituição uma série de regras que desenham um modelo acusatório, como por exemplo:

- titularidade exclusiva da ação penal pública por parte do Ministério Público (art. 129, I);
- contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV);
- devido processo legal (art. 5º, LIV);
- presunção de inocência (art. 5º, LVII);
- exigência de publicidade e fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX).

⁴ Cabe aqui observar que até na redação atual, estes poderes instrutórios persistem no artigo 156, I, do Código de Processo Penal.

Essas são algumas regras inerentes ao sistema acusatório, praticamente inconciliáveis com o inquisitório, que dão os contornos do modelo (acusatório) constitucional.

Para Eugênio Pacelli de Oliveira (2011), se a visão do Código de Processo Penal era autoritária, com a atual Constituição Federal caminhou-se para a implementação de um sistema com amplas garantias individuais.

Então, com o objetivo de atenuar o caráter inquisitivo da persecução penal e também fazer sua adequação à norma constitucional, foram realizadas reformas no Código de Processo Penal, sendo que as de 2008, por meio das Leis nº 11.689, 11.690 e 11.719, fizeram uma reforma estrutural de acordo com Geraldo Prado (2014), como é o caso da contemplação de três etapas na persecução penal, que são a investigação, admissibilidade da acusação e instrução:

Ao juiz cabe, portanto, em conformidade com as novas regras dos artigos 155, 157, 395, 396 e 397, todos do CPP brasileiro, controlar a correção dos requisitos de verificabilidade dos fatos e assegurar a paridade de armas, para que o processo penal concreto não seja mero jogo de cena ou cerimônia protocolar, consoante mencionado, ritual que apenas antecederia a imposição do castigo previamente definido pelas forças políticas. (PRADO, 2014, p. 44)

No entanto, mesmo após as alterações de 2008, há, irrefutavelmente, o predomínio do princípio inquisitivo, o qual restringe direitos do acusado até mesmo na fase de instrução, visto que os elementos colhidos na investigação, que se dá sem o contraditório, ainda fazem parte do processo, já contaminando a imparcialidade do juiz, pois, junto da denúncia está o procedimento preliminar inquisitivo, que acaba gerando mera confirmação da prática delitiva.

Não se pode assegurar que a consciência do magistrado não fica contaminada com as informações que advêm da investigação. Além disso, contém provas que não passaram pelo crivo do contraditório e são irrepetíveis, como por exemplo, cita Guilherme de Souza Nucci, o caso da prova técnica “produzida uma só vez durante o inquérito e tornando à defesa extremamente difícil a sua contestação e/ou renovação, sob o crivo do contraditório” (2007, p. 105).

Aury Lopes Júnior (2008, p. 68) critica veementemente esta possibilidade:

A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o

belo discurso de julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação que, na verdade está calcada em elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase.

Salah Khaled Júnior (2016, 132-133), ratificando o entendimento do autor supra, disserta:

Parece claro que o conhecimento produzido na etapa preliminar não passou pelo crivo do contraditório e, logo, não pode ser admitido de forma alguma no processo; seu destinatário é o órgão acusador e juiz sequer deve tomar contato com ele. No entanto, apesar dessas considerações, os resquícios do signo autoritário do sistema misto ainda permeiam o processo contemporâneo, permitindo que os elementos da etapa preliminar valham para a formação de convicção do magistrado e fundamentação da sentença.

Somando a isso e, agravando o comprometimento psicológico do magistrado, a norma processual o permite, de ofício, determinar diligências para sanar dúvidas, fato este que demonstra um alinhando do juiz junto à acusação, com a finalidade de se querer impor o poder punitivo do Estado e afastar a aplicação do princípio da presunção de inocência, até mesmo quando a acusação, a qual detém o ônus de provar que o agente cometeu o delito, não prova de forma cabal para uma condenação.

Visto que ainda persistem características de um sistema inquisitivo no processo penal brasileiro, o qual não deve subsistir em um Estado Democrático de Direito, como é o Brasil, pois a Constituição Federal de 1988 quer garantir um processo penal justo e equilibrado, necessita-se de adaptações das normas processuais penais e adoção de técnicas processuais inovadoras, para que se possa adequar o processo penal ao modelo constitucional acusatório e conter a arbitrariedade do poder de punir.

3 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Como limitador do *jus puniendi* estatal, a norma constitucional prevê no artigo 5º, LIV, o devido processo legal, do qual é possível inteligir que não se pode privar alguém de sua liberdade sem antes passar pelo devido processo.

No âmbito penal, para alcançar a ação penal, o Estado deve estar munido de provas da materialidade da infração penal e, ao menos, indícios de autoria, os quais são previamente obtidos por um órgão estatal, normalmente, a Polícia Judiciária, por meio de uma investigação. Detentor dessas informações, o Ministério Público promoverá a ação penal ou, em caso de ação penal privada, o ofendido.

Ao dissertar sobre investigação, José Frederico Marques (2001) observa que os cidadãos não vão a juízo sem uma preparação sobre questões de fato e de direito que fundamentem sua pretensão, cabendo ao Estado fazer o mesmo em relação a sua pretensão punitiva. O autor afirma:

O Estado tem o direito de investigar, amplamente, a prática delituosa dos que violam as leis penais, para em seguida, comparecer como parte em juízo. Tal função é inerente a seu *imperium* e deriva da autodefesa que lhe é dado exercer no conflito entre a lei e o delinquente, a ordem jurídica e o criminoso. Respeitado, dentro dos limites legais, o *jus libertatis* dos suspeitos e indiciados, cabe ao Estado o poder investigatório para apurar a existência do crime e quem seja o seu autor, e, em seguida, com base nessa investigação, pedir que se instaure a instância penal em que se decidirá a pretensão punitiva deduzida na acusação (MARQUES, 2001, p. 58).

O autor Fernando da Costa Tourinho Filho (2011, p. 235) explica o desenvolvimento da persecução penal:

O Estado realiza essa tarefa ingente por meio de órgãos por ele criados. O órgão do Ministério Público incumbe-se de ajuizar a ação penal e acompanhar o seu desenrolar até final. É o que se chama *persecutio criminis in judicio*. Mas, para o órgão do Ministério Público poder levar ao conhecimento do Juiz a notícia sobre um fato infringente da norma, apontando-lhe o autor, é intuitivo tenha em mãos os elementos comprobatórios do fato e da respectiva autoria. E como conseguiu-los? Para tanto, o Estado criou outro órgão, incumbido precipuamente dessa missão. É a *Polícia Civil*, como a denomina o § 4º do art. 144 da Carta Política (mais conhecida como Polícia Judiciária), cuja finalidade é investigar o fato infringente da norma e quem tenha sido o seu autor, colhendo os necessários elementos probatórios a respeito. Feita essa investigação, as informações que a compõem são levadas ao Ministério Público, a fim de que este, se for o caso, promova a competente ação penal.

A investigação criminal apresenta-se como parte da persecução penal e, apesar de grande parte da doutrina e jurisprudência considerar que é constituída de elementos meramente informativos, é de suma importância para o esclarecimento dos fatos e posterior ação penal, já que, baseando-se nela, o Ministério Público poderá ou não iniciar a ação penal.

Dada a sua relevância, a investigação criminal brasileira será objeto de estudos deste trabalho, justamente por reconhecê-la como procedimento administrativo, que necessita ser construído de acordo não só com as normas processuais penais, mas também com o sistema almejado pela Constituição, já que fará parte da ação penal e, conseqüentemente, ponderando estas observações, levará a um processo justo e de qualidade, derivado de uma persecução legítima que observou a norma constitucional, respeitando a presunção de inocência, devido processo legal, paridade de armas e direito de defesa.

3.1 Conceito, Natureza Jurídica e Características da Investigação Criminal

O Código de Processo Penal ao tratar do assunto investigação criminal, abre o Título II, o qual prevê, de modo geral, como se desenvolve sua forma instrumentalizada: o inquérito policial.

É possível extrair a partir do artigo 4º, do Código de Processo Penal, que a investigação criminal, também denominada de procedimento pré-processual ou investigação preliminar, é a atividade desenvolvida pelo Estado, normalmente por meio da Polícia Judiciária, para apuração de delitos e sua autoria, tendo como destinatário o Ministério Público, para que se possa punir o transgressor da norma penal e manter a ordem e paz social.

Desta forma, pode-se utilizar o conceito de Aury Lopes Júnior (2014, p. 90-91):

Concluindo, a partir da análise de definições legais, podemos conceituar a investigação preliminar como o conjunto de atividades realizadas concatenadamente por órgãos do Estado; a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício; com o caráter prévio e de natureza preparatória em relação ao processo penal; que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delitivo, com o fim de justificar o exercício da ação penal ou o arquivamento (não processo). (Grifo do autor)

A Polícia Judiciária, portanto, auxilia o Ministério Público no delineamento do fato criminoso, conforme assevera Geraldo Prado (2014, p. 41):

Como o fato definido como infração penal atribuído ao acusado é o centro das atividades probatórias e será o objeto da decisão, caberá somente ao Ministério Público estabelecer seus contornos. Haverá de fazer isso, todavia, observando em cada etapa da persecução penal os elementos probatórios admissíveis e pertinentes ao seu projeto.

Para isso o Ministério Público conta com o apoio da Polícia e esta, no exercício da atividade de polícia judiciária (art. 4º do CPP) recolhe toda sorte de elementos informativos.

Ressalta-se que, apesar de a investigação preliminar desenvolvida pela Polícia Judiciária, mediante o inquérito policial, ser a mais adotada na persecução penal da atualidade, não se pode perder de vista que pela interpretação dos artigos 27, *caput*, 39, §5º e 46, §1º, do Código de Processo Penal, o inquérito policial é um procedimento dispensável, como explica Paulo Rangel (2018, p. 74):

Muitas vezes, o Promotor de Justiça recebe das mãos de qualquer pessoa do povo uma *notitia criminis* (notícia de um crime) de fato que enseja ação penal pública, ou procedimento administrativo de outro órgão da administração, por exemplo, Secretaria de Fazenda, apurando ilícito penal praticado por contribuinte – sonegação de impostos – e, nesse caso, já possui elementos necessários para imputar ao autor do fato um ilícito penal. Nesta hipótese, dispensável é a instauração do inquérito policial para propositura da ação.

O órgão responsável pelas investigações pertence, não ao Poder Judiciário, mas sim ao Poder Executivo, e, por isso, sua natureza será de procedimento administrativo, desenvolvido por meio de atos administrativos, de acordo com Aury Lopes Júnior (2014). Eugênio Pacelli (2018, p. 56) também afirmar se tratar de um procedimento administrativo:

O nosso CPP, então, defere a determinados órgãos, responsáveis pela segurança pública, a competência para a investigação da existência dos crimes comuns, em geral, e da respectiva autoria. É a chamada *polícia judiciária* (art. 144, CF). Que, aliás, não deveria ser assim chamada! Juiz não investiga e nem aproveita o material colhido pela polícia para o exercício de sua função jurisdicional. O órgão que cumpre essa função é o Ministério Público.

(...) A fase da investigação, portanto, em regra promovida pela polícia judiciária, tem natureza administrativa, sendo realizada anteriormente á provocação da jurisdição penal.

A investigação preliminar é tradicionalmente inquisitiva. Seus elementos são colhidos sem a atuação do suspeito e, conseqüentemente, é sigiloso e escrito, justamente para evitar a interferência do suposto agente, de maneira que a autoridade policial, de acordo com Fernando Tourinho Filho (2011), tem discricionariedade para praticar todos os atos de investigação necessários para a elucidação do fato e autoria.

Considerando o caráter inquisitorial e as finalidades da investigação preliminar, que são impedir a ação penal infundada e fornecer elementos sobre o fato e a autoria do delito para a acusação formar a *opinio delicti*, somando-se à redação do artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal, a investigação tem caráter meramente informativo, uma vez que, neste momento da persecução, ainda não se poderia falar em pretensão acusatória, segundo Renato Brasileiro de Lima (2016), característica esta que ainda será questionada.

Ao falar sobre um dos instrumentos de investigação, Guilherme de Souza Nucci critica (2007, p. 150):

O inquérito é, por sua natureza própria, inquisitivo, ou seja, não permite ao indiciado ou suspeito a ampla oportunidade de defesa, produzindo e indicando provas, oferecendo recursos, apresentado alegações, entre outras atividades que, como regra, possui durante a instrução judicial. Não fosse assim e teríamos duas instruções idênticas: uma realizada sob a presidência do delegado; outra, sob a presidência do juiz. Tal não se dá e é, realmente, desnecessário. O inquérito, destina-se, fundamentalmente, ao órgão acusatório, para formar a sua convicção acerca da materialidade e autoria da infração penal, motivo pelo qual não necessita ser contraditório e com ampla garantia de defesa eficiente. Esta se desenvolverá, posteriormente, se for o caso, em juízo.

Lamentavelmente, muitos magistrados valem-se do inquérito para calcar suas decisões, como se fosse instrumento produzido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Utilizar o inquérito para sustentar a condenação do acusado é, nitidamente inconstitucional.

Não se deve perder de vista a crítica já realizada quanto ao fato de tais elementos informativos acompanharem eventual peça acusatória, fazendo com que extrapole sua finalidade e comprometa a imparcialidade do magistrado da causa, visto que terá em mãos a investigação elaborada unilateralmente por uma instituição estatal e ratificada pelo próprio Estado (Ministério Público), por meio da denúncia, antes de se falar em contraditório.

A supressão da participação do acusado nas investigações é justificável, quando se pensa na possibilidade de sua interferência alterar o resultado

desta fase da persecução. No entanto, é notável o desequilíbrio que se estabelece quando se veda a atuação daquele.

Ocorre um forte empenho por parte do Estado ao colocar, exclusivamente, suas instituições na atuação da primeira fase da persecução penal e querer impedir seu acompanhamento pelo investigado, pois predomina o fundamento simbólico de se querer dar uma resposta à sociedade sobre a infração penal ocorrida e devolvê-la ao estado de normalidade, ignorando-se o descompasso criado nesta investigação criminal, o qual será repassado ao processo.

Arthur Trindade Maranhão Costa e Almir de Oliveira Júnior, neste mesmo sentido, em uma pesquisa de campo, trataram sobre a investigação e a atuação da polícia de investigação e sua influência na formação da culpa do suspeito, e concluíram (2016, p. 152 e 161):

A polícia não procede de forma neutra na busca da verdade. Tampouco os fatos relatados e as provas coletadas durante a investigação são irrefutáveis. Frequentemente, os suspeitos são identificados (ou eleitos) previamente. Nessas situações, o trabalho da polícia é produzir provas que sustentem aquela incriminação previamente realizada.

A despeito de a legislação e a doutrina jurídica brasileiras enfatizarem que não compete às polícias a tarefa de incriminar suspeitos, na prática sabemos que a investigação criminal parte de uma lógica inversa. As evidências que serviram para instruir o processo, portanto, para incriminar os suspeitos, são produzidas pela polícia depois de sua identificação.

(...) De fato, ao longo do século XX, a investigação criminal baseou-se fundamentalmente na entrevista de suspeitos e testemunhas para produção de evidências jurídicas que pudessem resultar em denúncias criminais. Entretanto, esse modelo de investigação passou a ser fortemente criticado nas últimas décadas. As denúncias frequentes de ilegalidades e brutalidade nas práticas de investigação e a pouca eficiência na condenação de suspeitos acabaram por gerar uma crise de legitimidade da investigação criminal.

Aury Lopes Júnior (2014) critica a investigação preliminar devido à discricionariedade que se dá à polícia, pois ela escolherá quais fatos perseguir, a forma de tratar o investigado, como investigar e quando realizar os atos da investigação, de maneira a estar em uma zona cinzenta entre uma atuação lícita e ilícita, devido ao seu empenho para atingir elementos que incriminem o sujeito que detém o perfil de autor. Concluindo sobre a atuação da polícia e falibilidade da investigação criminal, o jurista supracitado afirma:

À autoridade policial não incumbe reforçar o sentimento de 'segurança' coletiva, seja tratando de obter provas a todo custo – e, aqui, a utilização da tortura bem como do instituto da delação premiada corroboram o alegado –,

seja espetacularizando a prisão. O que de fato deve ser esclarecido é que a investigação criminal tem por fito a reunião de elementos informativos a fim de subsidiar a *opinio delicti*.

(...) Com efeito, a justaposição da polícia num interregno em que recaem expectativas sociais de redução da criminalidade e na obtenção de informações sobre o crime, prejudica o esclarecimento do delito. Em um primeiro momento, pela conspurcação daquele ideal simbólico com as pressões externas que acabam exigindo uma resposta rápida e pronta sobre a autoria e materialidade do crime. Em um segundo momento, com a ausência do devido distanciamento a ser exercido pelo investigador, que não está obrigado a apontar um delinquente a qualquer preço, como muitas vezes ocorre. A demora na investigação, que se torna justificada pelas parcas condições destinadas pelo Estado aos órgãos responsáveis, acaba sendo resolvida através de um indiciamento muitas vezes meramente formal, resultando, *a posteriori*, numa denúncia e em futura condenação. Com isso, além do processamento de um inocente, o verdadeiro autor do delito acaba esquecido, ocasionando duplo erro e o descrédito da própria polícia.

Toda essa gama de problemas que possui a instrução policial leva ao necessário descrédito probatório do material recolhido e à necessidade de completa repetição em juízo. Pior ainda, não cumpre com sua função principal: aclarar, em grau de probabilidade, a notícia-crime para fundamentar o processo ou o não processo. Com relação ao nosso inquérito policial, pode-se afirmar, além de todas as críticas anteriormente feitas, que:

- Não serve para o MP, pois ao ser levado a cabo por autoridade diversa daquela que irá exercer a ação penal, não atende suas necessidades. Ademais, é patente o descompasso na relação promotor policial.
- Não serve para a defesa, pois a polícia nega qualquer possibilidade de o sujeito passivo participar da investigação e solicitar diligências de descargo. Além disso, em regra geral, a autoridade policial nega arbitrariamente o contraditório (visto como direito de informação) e o direito de defesa (ainda que em grau mínimo e previsto na Constituição). (LOPES JR., 2014, p. 130-131)

O contraditório na fase pré-processual pode não ser efetivo. Contudo, não se pode ignorar que as instituições estatais que agem na persecução penal são detentoras de um perfil acusatório, de forma que não se pode deixar que atuem livremente na investigação criminal, sem que a defesa do suspeito possa acompanhar todo o procedimento administrativo.

Portanto, mesmo sendo caso de contraditório mitigado na investigação, deve-se permitir à defesa que atue nela de maneira que se possa garantir, posteriormente, um processo justo e com efetiva paridade de armas, o que é plausível quando se permite à defesa, não somente que acompanhe o andamento da investigação, mas também, tenha acesso às fontes das provas trazidas, para que faça o controle de legalidade dos atos de investigação.

3.2 Princípios Constitucionais da Investigação Criminal

Para demonstrar a mitigação da inquisitorialidade da investigação criminal, de maneira a refletir em suas características, deve-se falar dos princípios constitucionais aplicáveis à investigação.

Tendo como recorte temático e, simultaneamente, sem perder de vista a complexidade do assunto, diferentemente do entendimento de Ronald Dworkin (2002) os princípios devem ser compreendidos como mandados de otimização, de acordo com Robert Alexy (2008, p. 90):

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios, são, por conseguinte, *mandados de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Na doutrina portuguesa, Canotilho partilha deste mesmo raciocínio, definindo princípios como “normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas” (2003, p. 1255). A doutrina nacional, representada por José Afonso da Silva, reforça este mesmo pensamento, afirmando que os princípios “são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas” (2005, p. 92).

Considerando, portanto, que os princípios norteiam todo o funcionamento do ordenamento jurídico, ao se falar em princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, conclui-se que estes guiarão a formação e interpretação da legislação infraconstitucional, como é o caso de se realizar a interpretação das normas processuais penais que tratam sobre a investigação criminal, a qual deve ser conforme os princípios e normas constitucionais. Resumidamente, consagra Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 60):

Se, em qualquer ramo infraconstitucional, o intérprete deve levar em conta os princípios gerais e específicos do direito, com muito mais razão devem ser respeitados os princípios constitucionais, que orientam todo o sistema jurídico, na aplicação de normas.

(...) De tudo o que foi dito, extrai-se a importante missão que os princípios constitucionais possuem: dar uniformidade ao sistema jurídico, cuja norma máxima é a Constituição, permitindo que a interpretação e a integração dos

preceitos jurídicos sejam feitas de modo a dar coerência ao sistema normativo.

Luís Roberto Barroso acompanha este entendimento, afirmando que os princípios constitucionais são “premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema” (2009, p. 157).

A norma constitucional, seguindo a hierarquia das normas, “está no ápice da ordem jurídica, devendo todas as demais normas jurídicas estarem de acordo com ela” (LOPES, 2009, p. 78), e, por consequência, seus princípios processuais penais servem como orientadores para a interpretação das normas processuais penais.

Os princípios constitucionais processuais penais devem ser observados e aplicados, pois resguardam direitos e garantias fundamentais conservados pelo Estado Democrático de Direito. Assim, para que se tenha uma investigação criminal adequada, necessário é que seja feita uma releitura das normas processuais penais que a disciplinam, promovendo adequação à Constituição Federal.

3.2.1 Princípio da legalidade das investigações

O princípio da legalidade é uma consequência do nascimento do Estado de Direito, por meio do qual todos os atos praticados pelas instituições estatais devem se submeter à lei, fazendo apenas o que nela estiver previsto. Diferentemente, é a legalidade aplicada ao particular, ditada pelo artigo 5º, II, da Constituição Federal, chamada de legalidade privada, tendo por conteúdo que o cidadão poderá fazer tudo, salvo quando a lei proibir.

Assim, o agente estatal está “sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido” (MEIRELLES, 2016, p. 93).

De acordo com Luís Roberto Barroso (2000, p. 12):

Com efeito, aplicado ao *direito público*, o princípio da legalidade traduz a vinculação à lei (CF, art. 37), ato que, ao menos idealmente, expressa a vontade majoritária e resguarda a primazia do interesse público. Sabe-se que a Administração pode praticar somente os atos determinados ou autorizados em lei. A ideia de legalidade dá ensejo a desdobramentos analíticos que a relacionam a outros princípios, como os da impessoalidade,

moralidade, publicidade e, mais recentemente, ao da razoabilidade-proporcionalidade.

A investigação preliminar, como atividade de órgãos estatais, deve ser compreendida como um procedimento da própria Administração Pública portanto, a qual deve estar submetida à aplicação do artigo 37, da Constituição Federal, dispositivo este que traz, entre os princípios da Administração, o princípio da legalidade.

Os autores Jaime Pimentel Júnior e Rafael Francisco Marcondes de Moraes consideram o princípio da legalidade como limitador da atuação exclusiva do Poder Público para a investigação criminal (2018, p. 64-65):

A investigação de infrações penais consubstanciada atividade dos órgãos públicos aos quais o ordenamento atribui explicitamente tal mister. Mormente na apuração de fatos delituosos, o Estado deve ser mínimo e ter seus poderes expressamente limitados e disciplinados por excepcionais autorizações constitucionais e legais, na medida em que o processo penal e a repressão criminal compreendem uma série de atos de força estatal, constituídos de mecanismos de violência oficial e gravosos à esfera das liberdades individuais, com elevado potencial de promoção ou reforço de estigmas, e que não devem ser puerizados, para se evitar uma fome investigativa movida por um marco paranoide pela insaciável busca da verdade oculta a partir de infundadas suspeitas que devam a intimidade e a dignidade das pessoas envolvidas na investigação criminal.

Desta forma, considerando que o início de uma persecução penal gera reflexos sobre direitos fundamentais daquele que é investigado, a aplicação do princípio da legalidade exigirá que seja observada a lei para realização dos atos investigatórios, evitando-se arbitrariedades.

3.2.2 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo foi consolidado pelo artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, prevendo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Trata-se não só de um princípio, segundo Uadi Lammêgo Bulos, mas de um sobreprincípio, pois os direitos fundamentais estariam nele resguardados:

O devido processo legal funciona como meio de manutenção dos direitos fundamentais.

Sua importância é enorme, porque impede que as liberdades públicas fiquem ao arbítrio das autoridades executivas, legislativas e judiciais. Somente no final do século XX os juristas despertaram para a grande importância do *devido processo*. A magistratura, de modo geral, desconhecia-lhe a amplitude, deixando de aplicá-lo, em muitos casos. Não raro, leis ou atos normativos inconstitucionais vigoraram em nítida afronta às liberdades públicas, sem que nada fosse feito para combater tal praxe. Em nossos dias, o funcionamento do *devido processo legal* pode ser facilmente percebido no confronto entre o interesse privado e o interesse público. Nesse contexto, é dado a qualquer indivíduo invocar a cláusula para tutelar suas prerrogativas. (BULOS, 2012, p. 681)

Para o processo penal, sob a luz da Constituição Federal de 1988, o princípio do devido processo seria:

A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado.

O devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma Justiça Penal submetida à exigência de igualdade efetiva entre os litigantes. O processo *justo* deve atentar, sempre, para a desigualdade *material* que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce o monopólio.

(...) Mais que isso, ou junto a isso, deve ser um processo construído sob os rigores da Lei e do Direito, cuja observância é imposta a todos os agentes do Poder Público, de maneira que a verdade ou verossimilhança (certeza, enfim!) judicial seja o resultado da atividade probatória lícitamente desenvolvida. (PACELLI, 2018, p. 8).

Quanto à aplicação deste princípio constitucional na fase processual, não há desacordo, pois nele estão compreendidos outros princípios e direitos como paridade de armas, contraditório, ampla defesa, legalidade, publicidade, inadmissibilidade da prova ilícita e não autoincriminação, e é neste momento que o sistema acusatório se manifesta.

Todavia, quanto a ser aplicável na fase pré-processual, há quem defenda a não incidência do devido processo legal, assim como os demais princípios por ele abrangidos, por compreenderem a investigação criminal apenas como mero procedimento administrativo informativo, no qual não haverá aplicação de sanção e nele deve predominar a inquisitorialidade:

No presente trabalho o termo “procedimento administrativo” é utilizado no sentido de “procedimento administrativo investigatório”, caracterizado pela atuação administrativa, fora das hipóteses obrigatórias do processo administrativo, em que não ocorrerá decisão ou provimento administrativo

no seu final, sem a presença de acusados ou litigantes e inexigível o contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Os procedimentos administrativos investigatórios são informativos, para a pesquisa do crime, colheita de dados e fornecimento de elementos para a apreciação do Ministério Público. Não se trata de processo administrativo, porque ainda não há acusado, litigante ou conflito de interesses nem há imposição de sanção ou decisão sobre um direito do investigado. (SANTIN, 2001, p. 139).

José Frederique Marques (2001) entende que pela natureza jurídica e finalidade da investigação, o suspeito é seu mero objeto e o Estado, por ser o detentor do poder de investigar, deve fazer isso sozinho.

Igualmente, Paulo Rangel (2018), defende que a investigação criminal é mero procedimento administrativo e de caráter informativo, não abrangido pelo contraditório e, por consequência, o devido processo, já que não há, ainda, nenhuma acusação.

Entretanto, diferente desta visão inquisitorial da investigação, deve-se entender a necessidade de promover interpretação adequada das normas processuais penais às constitucionais. É sob este viés que se aplica o princípio do devido processo penal à fase pré-processual.

Renato Brasileiro de Lima explica sobre a vertente doutrinária que compreende o momento pré-processual como mais que mero procedimento e sendo uma atuação acusatória do Estado em sentido amplo (2016, p. 128-129):

O inciso LV do art. 5º da Constituição Federal não pode ser objeto de interpretação restritiva para fins de se concluir que a expressão processo administrativo ali utilizada não abrange as investigações preliminares, que têm natureza jurídica de procedimento administrativo, nem tampouco para se alegar que o fato de mencionar acusados, e não investigados ou indiciados, seja um impedimento para sua aplicação na fase pré-processual. O simples fato de figurar como suposto autor ou partícipe da infração penal em uma investigação criminal, por si só, já deve ser tratada como uma imputação em sentido amplo, porquanto o investigado fica sujeito a uma série de medidas coercitivas já na fase investigatória, como por exemplo, medidas cautelares pessoais, patrimoniais, diligências policiais, etc. Logo, com o objetivo de se extrair a máxima eficácia do referido dispositivo constitucional, o ideal é concluir que qualquer forma de imputação determinada representa uma acusação em sentido amplo. Por isso, o constituinte empregou a expressão acusados em geral, abrangendo não apenas aquele contra quem foi instaurado um processo penal, mas também o indivíduo que figura como provável autor (ou partícipe) do fato delituoso, é dizer, o sujeito passivo da investigação preliminar. (Grifo do autor)

Logo, o devido processo legal é princípio indissociável do Estado Democrático de Direito para resguardar a dignidade humana do cidadão na

persecução penal, e não apenas no processo, visão esta decorrente da vertente antropocêntrica de Estado, estando o ser humano como centro de estrutura estatal e social. Esta interpretação é imprescindível para alcançar a compreensão de que o princípio deve ser aplicado à investigação criminal, pois em toda a persecução penal pode ocorrer restrições aos direitos do investigado:

O princípio regente do devido processo legal, como já mencionado, abrange a coletânea de princípios penais e processuais penais, devendo ser integralmente seguido, para que se possa obter uma punição justa.

(...) O equívoco é imaginar que *todos* os princípios penais e processuais penais somente se aplicam ao processo criminal, pois a persecução estatal pode oprimir o indivíduo desde o início, que ocorre na fase do inquérito. Diante disso, mantêm-se ativos durante a *devida investigação penal* os princípios da legalidade, da retroatividade benéfica, da culpabilidade, da imunidade à autoacusação, da vedação das provas ilícitas, dentre outros, perfeitamente compatíveis com a atividade do Estado na busca do crime e de seu autor. (NUCCI, 2012, p. 72)

O investigado deve ser visto como sujeito de direitos da investigação para que sejam aplicados princípios constitucionais na fase pré-processual limitadores da atuação do Estado e protetores das liberdades individuais, assim como legitimar sua interferência sobre tais liberdades, segundo Emerson Ghirardelli Coelho (2016).

Em razão da releitura das normas processuais penais, as quais estão subordinadas à Constituição Federal, ocorreu a ampliação do conceito de procedimento administrativo, como forma de se adequar aos postulados constitucionais:

Essa nova realidade jurídico-constitucional resultou, por conseguinte, na denominada processualização do procedimento, que, no âmbito processual penal, consubstancia-se na incidência da garantia do devido processo penal e dos princípios que lhe são corolários também na fase extrajudicial da persecução penal, inculcando natureza processual a todos os procedimentos estatais que possam resultar em limitação de direitos fundamentais, inclusive àqueles que, até então, eram tidos como procedimentos puramente administrativos.

(...) Neste contexto, a investigação criminal também passa a ser abrangida pela garantia constitucional do devido processo penal, visto que disciplinada por normas processuais penais de natureza constitucional e infraconstitucional e destinada a apurar fatos supostamente ilícitos, que geram reflexos diretos no status libertatis e no status dignitatis do indivíduo e no direito de punir do Estado.

Isso tudo levou à processualização do principal procedimento de investigação criminal existente no Brasil, qual seja: o inquérito policial. E gerou também o mesmo efeito em relação a todos os outros instrumentos legais que formalizam, excepcionalmente, esta atividade persecutória estatal. (COELHO, 2016, p. 50-51) (Grifo do autor)

A investigação é mais que mero procedimento administrativo. A interpretação da persecução penal de acordo com a Constituição Federal, permite concluir que a fase extrajudicial é um processo, em sentido amplo, constituído por um conjunto de atos investigatórios realizados pelo Estado, com ingerência de direitos fundamentais do investigado devendo estar balizado pelos princípios constitucionais, no caso, pelo devido processual legal, para que a investigação seja legitimada.

Há necessidade de serem estabelecidos limites ao poder investigatório. Assim, sob esta óptica da devida investigação, a atividade estatal não pode ser excessiva, qual seja, deve haver um equilíbrio entre o delito praticado, a intensidade do poder investigatório e respeito aos direitos fundamentais e princípios constitucionais (o devido processo legal, assim como aqueles que dele derivam) durante o procedimento.

3.2.3 Princípio da inadmissibilidade da prova ilícita

Embora a investigação criminal não tenha um rito rígido a seguir, as informações e a forma como são coletadas não podem atentar contra direitos e garantias fundamentais, pois, do contrário, serão consideradas ilícitas e devem ser retiradas do procedimento, já que desrespeitariam a norma constitucional da proibição da prova ilícita (artigo 5º, LVI, Constituição Federal), assim como o artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal, que diz serem “inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Identifica-se um entrave à atuação estatal que não pode ultrapassar direitos e garantias fundamentais para alcançar uma determinada prova, pois, do contrário, não haveria processo democrático e justo, com paridade de armas, assim como não estaria legitimado o poder persecutório do Estado. “Portanto, a regra do art. 5º, LVI, da *Lex Legum* é a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, priorizando, desse modo, as liberdades públicas, o respeito à dignidade humana e a seriedade da atividade persecutória do Estado” (BULOS, 2012, p. 696).

Neste mesmo sentido, deve-se compreender a proibição da prova ilícita como uma vedação ao excesso das instituições do Estado na produção de provas calcado no Estado Democrático Direito:

A ilicitude da prova e sua inadmissibilidade decorrem de uma opção constitucional perfeitamente justificada em um contexto democrático de um Estado de Direito. A afirmação dos direitos fundamentais, característica essencial de tal modalidade política de Estado, exige a proibição de excesso, tanto na produção de leis quanto na sua aplicação. Não se pode buscar a verdade dos fatos a qualquer custo, até porque, diante da falibilidade e precariedade do conhecimento humano a que aqui já nos referimos, no final de tudo o que poderá restar será apenas o custo a ser pago pela violação dos direitos, quando da busca desenfreada e sem controle da prova de uma inatingível verdade real. (FISCHER; PACELLI, 2018, p. 357) (Grifo do autor)

Guilherme de Souza Nucci elucida o significado do princípio da vedação da prova ilícita (2012, p. 351):

A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, no processo, particularmente o criminal, fundamenta-se em fatores de ordem ética e mantenedores da lisura e da imparcialidade do Estado na condução do devido processo legal.
O princípio significa a proibição de se valer de provas – elementos destinados à demonstração da verdade, persuadindo o julgador – maculadas pelo vício de origem, vez que extraídas por mecanismos ilícitos.

Em razão do princípio da inadmissibilidade da prova ilícita derivar do devido processo legal, Gilmar Ferreira Mendes (2012) assevera que este princípio estará violado caso as provas sejam obtidas ao arrepio da lei ou da Constituição Federal, podendo restar lesionados:

(...) direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), o direito à inviolabilidade do domicílio (artigo 5ºXI), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII) e o direito ao sigilo profissional (CF, art. 5º, XIII e XIV, *in fine*, dentre outros.(MENDES, 2012, p. 387).

De suma importância acrescentar que, por meio da proibição da prova ilícita também se quer garantir a qualidade da prova que será valorada no processo penal, pois “o reconhecimento da ilicitude *do meio* de obtenção da prova já impede o aproveitamento de métodos cuja idoneidade probatória seja questionada” (PACELLI, 2018, p. 348), devendo a prova ser desentranhada dos autos, assim como as provas

que derivarem daquela ilicitamente produzida, conforme comando do artigo 157, *caput* e §1º, do Código de Processo Penal.

Além da compreensão conceitual do princípio da proibição da prova ilícita de forma ampla, necessário se faz dar a devida relevância a sua aplicação na investigação criminal, quando esta é vista não apenas mero procedimento com elementos informativos, mas também como procedimento capaz de gerar provas.

Devido à redação do artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal, o qual determina que o juiz não poderá fundamentar sua decisão utilizando tão somente os elementos informativos da investigação preliminar, há quem afirme que os atos coligidos na fase extrajudicial são meramente informativos e servem apenas para determinar medidas e prisões cautelares, a formação da *opinio delicti* e a admissibilidade da acusação, de maneira que, não podem ser utilizados como fundamentos únicos para sentenciar, visto que a provas serão produzidas na fase da instrução para que haja contraditório.

Assim, não conferido valor probatório aquilo que se colheu na investigação, os vícios cometidos nos atos investigatórios seriam meras irregularidades, não sendo necessário que sejam desentranhados do processo, pois, se ainda haverá instrução, não atrapalhariam o resultado da ação penal.

Neste sentido, Edilson Mougenot Bonfim, afirma que a investigação é meramente informativa e seus “vícios incorridos durante seu trâmite não contaminam a ação penal ajuizada” (2017, p. 173), pois são apenas de irregularidades.

Todavia, esta interpretação parece dar pouca importância ao fato de que, aquilo colacionado na primeira fase da persecução penal acompanhará a acusação e o juiz terá acesso a tudo o que foi investigado e, inclusive, apesar da lei não permitir que faça exclusivamente (mas não retira totalmente a possibilidade de uso), poderá usar como fundamento em sua decisão.

Ora, se os elementos colhidos na investigação criminal já estiverem viciados, violando normas constitucionais, a distorção que ocorrerá no desenvolvimento da ação penal, é evidente, pois servirá como guia desta, já que é na fase preliminar que se faz as delimitações de autoria e dos fatos.

Caminham neste sentido, Rafael Francisco Marcondes de Moraes e Jaime Pimentel Júnior (2018, p. 165-166):

Isso de modo algum significa que os elementos trazidos pelo inquérito policial não possam nortear e servir de modo complementar para a decisão judicial. Na realidade, na imensa maioria das vezes, é exatamente essa função que eles exercem, na medida em que representam a principal referência à instrução em juízo, já de início como parâmetro da justa causa para a promoção do processo judicial, e em seguida como orientação e indicação do conteúdo das versões de partes e testemunhas, da sequência cronológica dos acontecidos, das circunstâncias que motivaram a prática delitiva e de muitos outros dados relevantes com os quais a polícia judiciária municia a instrução na etapa judicial de persecução.

(...) Em suma, ainda que os elementos informativos isoladamente considerados não possam embasar a decisão do Juiz de Direito, leitura essa que prevalecia na jurisprudência e que o Código de Processo Penal explicitamente passou a aplicar, eles não devem jamais ser ignorados pelo Magistrado. Os elementos amealhados na etapa extrajudicial poderão ser somados (e normalmente são) à prova produzida em juízo, colaborando com a formação da convicção da Autoridade Judicial.

Se um ato investigatório for praticado de forma ilícita, deverá ser desentranhado dos autos da investigação criminal, assim como aqueles atos derivados dele, para que também não contaminem a ação penal, se houver. Isto porque, quando considerada a fase extrajudicial em um contexto probatório, aplicar-se-á o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita a ela: no Estado Democrático de Direito não é possível tratar ilicitudes, neste momento da persecução, como “mera irregularidade, na medida em que, em grande parte dos casos, o ato eivado será imprestável e prejudicial ao justo processo” (MORAES; PIMENTEL JR, 2018, p. 198).

Este raciocínio é de melhor compreensão quando se analisa a ressalva do próprio artigo 155, *caput, in fine*, do Código de Processo Penal, sobre as provas antecipadas, cautelares e não repetíveis. Diferentemente dos depoimentos de testemunhas, aqueles são atos investigatórios que, em razão de não poderem ser refeitos na instrução processual, detêm e mantêm valor de prova.

Aury Lopes Júnior elucida que “em regra, a prova testemunhal (bem como acareações e reconhecimentos) pode ser repetida em juízo e, na prática, é em torno desse tipo de prova que gira a instrução definitiva” (LOPES JR, 2017, p. 163). Já as provas cautelares (busca e apreensão e a interceptação telefônica, por exemplo), e as não repetíveis (como o exame de corpo de delito), não possuem a possibilidade de serem realizadas em juízo novamente.

Com isso, dá-se valor probatório a um ato investigatório por não ser plausível sua reprodução na fase processual, e “ter o status de ato de prova, é dizer

valorável na sentença ainda que não colhido na fase processual” (LOPES JR, 2017, p. 163).

A jurisprudência tem refutado a prova ilícita na investigação preliminar, como é possível visualizar no RHC nº 51.531, no Superior Tribunal de Justiça, o qual considerou violada a intimidade do agente pela falta de autorização judicial para obtenção de dados de seu celular:

PENAL. PROCESSUAL PENA. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A PERÍCIA NO CELULAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de *whatsapp*, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial.

2. Recurso ordinário em *habeas corpus* provido, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos. (Superior Tribunal de Justiça; Recurso em *Habeas Corpus* nº 51.531 – RO; 6ª Turma. Relator Ministro: Nefi Cordeiro. Julgamento em 19/04/2016)

No mesmo sentido, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura decidiu:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO REVELAÇÃO. CORRUPÇÃO ATIVA. MEDIDAS CAUTELARES DETERMINADAS. AFASTAMENTO DE SIGILO DE CORREIO ELETRÔNICO. DURAÇÃO DA CONSTRIÇÃO. PRAZO: DE 2004 A 2014. FUNDAMENTAÇÃO PARA A QUEBRA DO SIGILO DO E-MAIL NO PERÍODO. AUSÊNCIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NÃO OBSERVÂNCIA. OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A quebra do sigilo do correio eletrônico somente pode ser decretada, elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelaridade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência.

2. *In casu*, a constrição da comunicação eletrônica abrangeu um ancho período, superior a dez anos, de 2004 a 2014, sem que se declinasse adequadamente a necessidade da medida extrema ou mesmo os motivos para o lapso temporal abrangido, a refugar o brocardo da proporcionalidade, devendo-se, assim, prevalecer a garantia do direito à intimidade frente ao primado da segurança pública.

3. Lastreadas as decisões de origem em argumentos vagos, sem amparo em dados fáticos que pudessem dar azo ao procedimento tão drástico executado nos endereços eletrônicos do acusado, de se notar certo açodamento por parte dos responsáveis pela persecução penal.

4. Ordem concedida, com a extensão aos co-investigados em situação análoga, a fim de declarar nula apenas a evidência resultante do afastamento dos sigilos de seus respectivos correios eletrônicos, determinando-se que seja desentranhado, envelopado, lacrado e entregue aos respectivos indivíduos o material decorrente da medida. (Superior Tribunal de Justiça; *Habeas Corpus* nº 315.220 - RS; 6ª Turma. Relatora Ministra: Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento em 15/09/2015)

Desta forma, é vital enquadrar a investigação preliminar no contexto probatório e seja aplicado o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita, para que se impeça que atos investigatórios, os quais ferem gravemente direitos e garantias fundamentais do investigado, possam permanecer nos autos da investigação, não só a comprometendo, como também a *opinio delicti* da acusação e todo o processo.

A proibição da prova ilícita da fase extrajudicial, portanto, promove a paridade de armas (por se desconsiderar uma prova, produzida pelo Estado, que viola intimidade, privacidade, dignidade ou qualquer outro direito do suspeito), impede a contaminação da persecução penal e, por consequência, da imparcialidade, e faz com que as autoridades e agentes públicos envolvidos na investigação se norteiem pela legalidade na realização dos atos de investigação.

3.2.4 Princípios do contraditório e ampla defesa

Preceitua o artigo 5º, LV, da Constituição Federal, o direito ao contraditório e à ampla defesa aos litigantes e acusados em geral.

Explicitamente previsto na norma constitucional, o princípio do contraditório é a conjugação do direito à informação (dentro do processo penal, seria o direito de estar informado sobre a existência de uma imputação) e a possibilidade do sujeito contrariar tal imputação. É o que se depreende da afirmação de Fábio Motta Lopes (2009, p. 82):

No processo penal, o princípio do contraditório caracteriza-se, preliminarmente, por assegurar ao sujeito passivo o direito de ser informado sobre a acusação, com o objetivo de que possa oferecer, em um segundo instante, resistência à imputação. Assegura à pessoa apontada como provável autora de uma infração penal o conhecimento acerca da acusação e a possibilidade de reação. Em síntese, o contraditório abrange dois momentos: o direito à informação e a possibilidade de contraposição.

O contraditório representa o direito à paridade de armas, vez que possibilita às partes de reagirem àquilo que lhes for desfavorável no processo. Do mesmo modo, garante ao acusado, o direito de ser informado da existência uma imputação contra ele manejada, pois esta pode atingir direitos e garantias fundamentais.

A ampla defesa materializa o contraditório, visto que é a garantia de se apresentar argumentos que poderão esclarecer os fatos englobando a defesa

técnica e autodefesa. Neste sentido, Uadi Lammêgo Bulos afirma que a ampla defesa permite aos acusados em geral usarem de “argumento necessários para esclarecer a verdade, ou, se for o caso, facultá-lhes calar-se, não produzindo provas contra si mesmos” (2012, p. 691).

Desta forma, a ampla defesa efetiva a igualdade entre as partes com a defesa técnica, e protege o indivíduo ao abranger o direito à não autoincriminação, por meio da autodefesa. Assim, a ampla defesa divide-se:

O direito à ampla defesa abrange a autodefesa e a defesa técnica.

A autodefesa, que pode ser exercida ou não, é consubstanciada em dois direitos, doutrinariamente: o direito de presença e o direito de audiência. O primeiro diz respeito à oportunidade de o acusado tomar posição em relação às provas produzidas e às alegações. O segundo refere-se ao momento do interrogatório, quando o acusado poderá influir sobre o convencimento do julgador.

A autodefesa, embora assegurada constitucionalmente, é tida por renunciável, podendo, portanto, o acusado exercê-la ou não. Já a defesa técnica, por profissional legalmente habilitado, é indisponível, deve ser plena e efetiva. Somente assim será assegurada a igualdade de armas e o contraditório. (QUEIJO, 2012, p. 99).

Parte da doutrina rejeita o contraditório e ampla defesa, ainda que mitigados, na investigação preliminar, como é o caso de Fernando da Costa Tourinho Filho (2011), sob o argumento de que nenhuma pena poderá ser imposta e não há acusação na fase de investigação para que se aceite a aplicação do contraditório, muito embora o próprio autor concorde com o direito da defesa de formular quesitos para a realização de perícias. Renato Brasileiro de Lima, compartilha deste posicionamento (2016, p. 132-133):

As atividades investigatórias estão concentradas nas mãos de uma única autoridade – Delegado de Polícia, no caso do inquérito policial (Lei n. 12.830/13, art. 2º, §1º); Ministério Público, em se tratando de um procedimento investigatório criminal (art. 1º da Resolução n. 13/2006 do CNMP) – que deve conduzir a apuração de maneira discricionária (e não arbitrária) de modo a colher elementos quanto à autoria e materialidade do fato delituoso. Logo, não há oportunidade para o exercício do contraditório ou da ampla defesa.

Todavia, como já fora evidenciado neste trabalho, deve-se realizar interpretação da legislação processual penal conforme a Constituição Federal.

O texto do artigo 5º, LV, da Constituição Federal, traz duas expressões a serem levadas em consideração quando se fala do contraditório e ampla defesa na investigação criminal: “processo administrativo” e “acusados em geral”.

Como já esclarecido anteriormente, a interpretação que se deve realizar destas duas expressões é ampla e de acordo com o intuito do legislador constituinte, como demonstra Aury Lopes Júnior (2014, p. 467-468):

O ponto crucial nesta questão é o art. 5º, LV, da CB, que não pode ser objeto de leitura restritiva. Como afirmamos anteriormente (e a repetição é necessária diante da importância do tema), a postura do legislador foi claramente garantista e a confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial, até mesmo porque o próprio legislador ordinário cometeu o mesmo erro ao tratar como “Do Processo Comum”, “Do Processo Sumário” etc., quando na verdade queria dizer “procedimento”. Tampouco pode ser alegado que o fato de mencionar acusados, e não indiciados, é um impedimento para sua aplicação na investigação preliminar.

Sucedede que a expressão não foi só acusados, mas sim, acusados em geral, devendo nela ser compreendidos também o indiciamento e qualquer imputação determinada (como a que pode ser feita numa notícia-crime ou representação), pois não deixam de ser imputação em sentido amplo. Em outras palavras, qualquer forma de imputação determinada representa uma acusação em sentido amplo. Por isso o legislador empregou acusados em geral, para abranger um leque de situações, com um sentido muito mais amplo que a mera acusação formal (vinculada ao exercício da ação penal) e com um claro intuito de proteger o sujeito passivo. (Grifo do autor)

A fase extrajudicial, apesar de não ser, ainda, uma acusação formal, é uma imputação por se considerar alguém como suspeito da prática de uma infração penal, podendo gerar uma ação penal.

Por ser de interesse do Estado e da sociedade, a constatação do agente criminoso, o Ministério Público, como fiscal da lei e destinatário da investigação, realiza o controle externo e atua neste momento da persecução penal, já que lhe é dada a oportunidade de requisitar diligências à autoridade policial que preside a investigação, de acordo com o artigo 13, II, do Código de Processo Penal, sem excluir a hipótese em que o próprio Ministério Público realiza a investigação nos termos da Resolução nº 181, do Conselho Nacional do Ministério Público, caso em que exercerá todo o controle da investigação. Por esta análise, percebe-se que o investigado está em posição de inferioridade ao Estado na investigação preliminar.

Considerando a vontade do constituinte originário e a atuação do titular da ação penal na investigação, além da constatação de o investigado não estar em equivalência ao Ministério Público, a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa é de suma importância para que se atinja a paridade de armas na persecução penal.

Mas esses princípios são mitigados na investigação criminal, pois poderiam colocar em xeque sua própria finalidade (colher elementos sobre materialidade e autoria do delito), além do que, neste momento ainda não há pretensão acusatória e possibilidade de ser aplicada a pena.

Deste modo, o contraditório será exercido por meio do direito à informação, qual seja, o investigado tem o direito de saber que contra ele há instaurado procedimento de investigação, assim como seu conteúdo, como explica Emerson Ghirardelli Coelho (2016, p. 130):

Forçoso concluir, portanto, que o contraditório deve sim ser garantido na primeira fase da persecução penal, contudo, de forma mitigada, em sua faceta de direito à informação e à produção legítima da prova. Isso porque a investigação criminal não encerra juízo condenatório ou absolutório em relação ao investigado, mas os elementos de prova nessa fase coligidos podem influenciar na convicção do órgão julgador.

Coelho (2016) também concluiu em seu trabalho, que há tratamento paritário ao Ministério Público e à defesa quando ambos acompanham a investigação tomando ciência do que nela ocorre, assim como quando requisitam (Ministério Público) ou requerem (defesa) diligências.

Materializando o contraditório, surge o direito de defesa, como lecionam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho (2008, p. 87):

Defesa e contraditório estão indissolúvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.

Pode-se exercer a defesa por meio da autodefesa, nos momentos em que o investigado é interrogado ou presta depoimentos, mas também há a defesa técnica, realizada por bacharel em Direito habilitado como maneira de suprir a falta de conhecimento técnico do suspeito e resguardar os direitos deste. Tanto é relevante sua participação, que segundo o artigo 133, da Constituição Federal, o “advogado é indispensável à administração da justiça”.

A defesa, assim como o contraditório, é mitigada durante a investigação preliminar, sendo permitido, ao defensor, requerer diligências, embora

estejam condicionadas ao deferimento da autoridade que preside o procedimento. O Estatuto da OAB, Lei nº 8.906, de 1994, desde de 2016, por alterações realizadas pela Lei nº 13.363, passou a garantir como prerrogativas o acesso pelo advogado aos autos da investigação, assistir seus clientes investigados durante a investigação, assim como também trouxe a previsão de sanção àquelas autoridades que desrespeitarem tais prerrogativas⁵.

A previsão destas prerrogativas, apesar de serem uma faculdade, fortalece o entendimento de a advocacia ser indispensável à administração da Justiça, inclusive na própria investigação criminal, obtendo-se uma persecução penal justa, equilibrada e íntegra, que resguarda direitos e garantias fundamentais do suspeito e garante a transparência da investigação, além de permitir que a própria defesa colabore para a produção da verdade sobre os fatos investigados com o fornecimento de elementos que estejam em suas mãos.

Rafael Francisco Marcondes de Moraes e Jaime Pimentel Júnior (2018), reconhecem a relevância do contraditório e da defesa na fase preliminar da persecução penal, compreendem que haverá reflexão na imparcialidade da autoridade que preside esta fase, pois com a supervisão da defesa, observará ainda mais a legalidade em sua atividade e poderá angariar mais elementos sobre fatos. Além disso, estes doutrinadores resumem (2018, p. 162-164):

Neste diapasão, o inquérito policial reclama a sua conciliação com a possibilidade de aplicação do contraditório, interpretando o aludido inciso XXI do artigo 7º do Estatuto da OAB de modo a impor que se oportunize a defesa técnica ao investigado, vale dizer, o comando legal reclama que seja sempre garantido ao investigado acionar e ser assistido por um defensor.

⁵ 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 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 provatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) apresentar razões e quesitos;

b) vetado.

§ 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente.

Entretanto, a ausência da defesa técnica não inviabiliza e não prejudica a realização da oitiva, seja em sede de interrogatório (como indiciado), seja em sede de declarações (como parte ou investigado), impropriamente designado “depoimento” no texto do dispositivo em comento.

(...) Destarte, a autonomia do inquérito policial revela que a atuação efetiva da defesa na fase extrajudicial contribui e muito para o acervo informativo produzido, de modo a assegurar a dialética e a argumentação dos envolvidos, e propiciar decisões estatais mais seguras e legítimas quanto à continuidade ou não da persecução penal em juízo, servindo o procedimento investigatório legal como um filtro garantista e poupando a promoção do processo judicial apenas para os casos criminais em que houve justa causa.

Charles Emil Machado Martins coaduna com a participação da defesa na investigação (2019, p. 159):

Enfim, a possibilidade de uma defesa técnica mais efetiva, a partir do momento em que o investigado passa a ser considerado o provável autor do fato, certamente trará mais legitimidade à investigação criminal do Ministério Público, pois está de acordo com postulações antigas e recentes da doutrina, bem como precedentes do STF no sentido de que a investigação criminal preliminar não possui, como único escopo, conseguir elementos para a acusação, motivo pelo qual nela devem ser colhidas todas as provas e informações pertinentes e relevantes, uma vez que ela é o primeiro momento para a reconstrução e o esclarecimento da realidade dos fatos investigados, tendo o potencial, se mal conduzida ou conduzida arbitrariamente, de gerar efeitos nefastos para o indivíduo e/ou para a sociedade.

Logo, somados todos os argumentos suscitados, afastar a presença da defesa na investigação, tornará a atuação do Estado, detentor do poder de investigar, autoritária e não legítima, além de admitir a relativização de direitos constitucionalmente protegidos e, por consequência, da própria dignidade humana, fundamento do próprio Estado Democrático de Direito.

3.2.5 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade está previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, norteando a atividade da Administração Pública, assim como no artigo 5º, LX, também da Carta Magna, tratando-o como regra das atividades da Administração e nos processos.

Segundo magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da publicidade consagra “o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos” (2009, p. 114). Hely Lopes Meirelles acrescenta que o princípio

“abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos, como também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes” (2016, p. 101).

O artigo 20, do Código de Processo Penal, traz como característica da investigação criminal o sigilo. Entretanto, ponderações a este atributo devem ser feitas, em razão do posicionamento do Supremo Tribunal Federal e de normas que estabelecem a publicidade da fase preliminar.

Já fora explicitado que a fase preliminar da persecução penal deve ser compreendida como processo administrativo, em sentido amplo, além de ser uma atividade da própria Administração Pública, de forma a se constatar que os atos da investigação, em regra, são guiados pela publicidade.

Assim, fazendo a adequação entre a norma constitucional e o artigo 20, do Código de Processo Penal, a publicidade deve ser encarada como regra:

Dessa forma, em sendo a publicidade a regra nos atos persecutórios, tanto investigativos quanto processuais (neles abrangidos o inquérito policial evidentemente), há de se reconhecer que qualquer pessoa pode ter acesso aos autos do procedimento investigatório, como regra. Contudo, por se tratar de mecanismo que resvala diretamente em direitos fundamentais como da intimidade, há possibilidade de se restringir motivadamente essa publicidade (sigilo externo ou publicidade interna).

Logo, conquanto a regra seja a publicidade, esta é restringível em sede de investigação criminal, e o desafio consiste em justamente se definir parâmetros legítimos para a decretação do sigilo externo (ou publicidade restrita) ou mesmo do ainda mais excepcional sigilo interno. (MORAES; PIMENTAL JR, 2018, p. 207).

Haverá sigilo externo para proteção do direito preceituado no artigo 5º, X, da Constituição Federal: intimidade. Neste caso, uma vez decretado o sigilo externo, o defensor do suspeito deverá obedecer o artigo 7º, § 10, do Estatuto da OAB, o qual determina que seja apresentada procuração para ter acesso aos autos.

É possível concluir, de acordo com Guilherme de Souza Nucci (2007), que mesmo com sigilo decretado, o advogado terá acesso aos autos, devido a sua prerrogativa.

Quanto ao sigilo interno, qual seja, o sigilo decretado pela autoridade que preside a investigação limitando o acesso do investigado e da defesa, só será possível quando estabelecido em relação a diligências em andamento e que ainda não foram documentadas nos autos ou quando o acesso puder comprometer o resultado da própria diligência, como por exemplo, quando em andamento uma

interceptação telefônica, conforme se interpreta do artigo 7º, § 11, da Lei nº 8.906/94 e da Súmula Vinculante nº 14, da Supremo Tribunal Federal.

Na afirmação de Valter Foleto Santin (2001, p. 154):

Entretanto, o acesso amplo poderá ser restringido para a preservação da segurança da sociedade e do Estado, tomando a investigação criminal o caráter sigiloso. A lei processual prevê o sigilo quando necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade (art. 20, *caput*, CPP). O sigilo também possível para a preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X, CF).

A autoridade investigante para manter o procedimento investigatório em sigilo deverá decidir a respeito, justificando os motivos para a restrição do princípio da publicidade, baseando-se em hipótese que caracterize ameaça à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, CF).

(...) O sigilo poderá ser oposto ao suspeito ou indiciado, porque o conhecimento do teor do procedimento e do andamento das investigações criminais poderá inviabilizar a descoberta da autoria e materialidade do delito, hipótese de ameaça à segurança da sociedade e do Estado, com interesse na apuração do fato e no julgamento do delito.

Isto posto, a publicidade na investigação criminal deve ser compreendida como derivada do direito à informação, veiculando a transparência e, preservando a impessoalidade, paridade de armas e o exercício da defesa. Também deve ser vista como meio de legitimação da atividade investigatória do Estado, trazendo maior fiabilidade à investigação.

3.3 Controle de Legalidade da Investigação Criminal

A atividade investigatória, geralmente desempenhada pela polícia judiciária, necessita que seja exercido um controle, o qual confere se a investigação encontra-se dentro dos parâmetros legais e respeita direitos individuais do investigado. Trata-se de uma delimitação da fase preliminar.

Defende Valter Foleto Santin (2001, p. 70-71):

A polícia necessita de maior atenção e controle de outros órgãos públicos e da sociedade, porque ela é uma das instituições estatais mais poderosas e suas múltiplas atividades afetam diretamente a vida em sociedade, constituindo-se o braço armado do Estado em confronto com o cidadão e sua liberdade.

O controle externo normalmente é encarado pela instituição controlada e seus membros como uma diminuição institucional, uma expressão de desconfiança, um procedimento de suspeita. Não se trata propriamente de diminuição da instituição nem de desconfiança ou suspeita. Ao contrário, o controle externo deve ser encarado como um reconhecimento do seu valor institucional e do seu poder social e principalmente um estímulo ao

cumprimento dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e igualdade para a melhoria dos trabalhos e até um fortalecimento institucional (...).

Comumente, alia-se este controle da atividade investigatória à redação do artigo 129, VII, da Constituição Federal, a qual exprime como atividade institucional do Ministério Público o controle da atividade policial, isso porque, a fase extrajudicial apura a ocorrência de uma infração penal e seu destinatário é o próprio Ministério Público, “por isso, tem ele que exercer controle sobre as diligências que serão desempenhadas pela polícia no sentido de determinar as que são imprescindíveis para formação de sua *opinio delicti*” (RANGEL, 2016, p. 140).

Contudo, como preceitua Geraldo Prado (2014), por ser uma hipótese acusatória, deve-se reconhecer sua parcialidade na investigação preliminar. Conseqüentemente, a atuação da defesa e seu direito em ter acesso, não só aos autos, mas também às fontes das provas coligidas na investigação, é de suma importância para garantir que os direitos dos suspeitos não sejam violados, nem haja desequilíbrio entre as partes ou julgamento injusto:

A defesa, por sua vez, tem o direito de conhecer a totalidade dos citados elementos informativos para rastrear a legalidade da atividade persecutória, pois de outra maneira não haveria como identificar provas ilícitas. O conhecimento integral dos elementos colhidos ao longo da investigação é necessário para a defesa avaliar a correção do juízo do Ministério Público sobre a infração penal supostamente praticada pelo acusado e assim repudiar os excessos e/ou as acusações infundadas e, por derradeiro, para preparar-se para produzir a contraprova. (PRADO, 2014, p. 41).

Esta atuação da defesa na fase preliminar da persecução penal se deve à aplicação dos princípios do contraditório e ampla defesa mitigados, e da publicidade, representando a “fiscalização da lisura da atuação investigatória do Estado” (MARTINS, 2019, p. 155).

O caráter probatória da investigação, segundo Fábio Motta Lopes (2009), por estar carregado de provas definitivas, a existência de uma fase de admissibilidade da acusação, além do juiz poder se embasar em uma destas provas na sentença (na fase processual), somam-se aos princípios supramencionados, corrobora com o entendimento de que a defesa deve ter acesso às fontes das provas amealhadas na investigação preliminar, como método de combater a ilicitude na produção de provas e a manipulação das investigações. Desta forma, leciona Geraldo Prado (2014, p. 48):

O conhecimento das fontes de prova pela defesa é fundamental, porque a experiência histórica que precede a expansão da estrutura trifásica de procedimento penal, adequada ao modelo acusatório, contabiliza a supressão de elementos informativos como estratégia das agências de repressão que fundam as suas investigações em práticas ilícitas.

Não custa sublinhas que apenas inadvertidamente eventual autor de ilicitudes probatórias permitiria a chegada ao processo de traços das referidas ilicitudes.

Por isso, o exame da legalidade da investigação criminal concentrado com exclusividade no material apresentado pelo acusador em juízo é, de regra, inócuo ou no mínimo insuficiente.

A rastreabilidade da prova e o controle de legalidade pela defesa na investigação criminal legitimam o poder investigatório e derivam de um sistema constitucional acusatório que exige um quadro probatório suficiente para superar a presunção de inocência, assim como garante o contraditório e o direito de defesa, a paridade entre as partes, a legalidade, a transparência e a licitude dos atos de investigação.

O objetivo deste controle exercido pela defesa (do mesmo modo deve ser a realizada pelo Ministério Público) é que seja conservada fonte da prova da investigação, ou seja, evitar a sua manipulação. A maneira encontrada e que representada todos os princípios e direitos citados acima, é a conservação da cadeia de custódia da prova. Nas palavras de Aury Lopes Júnior (2017, p. 409-411):

A preservação das fontes da prova é fundamental, principalmente quando se trata de provas cuja produção ocorre fora do processo, como é o caso da coleta de DNA, interceptação telefônica etc. Trata-se de verdadeira condição de validade da prova.

(...) O cuidado é necessário e justificado: quer-se impedir a manipulação indevida da prova com o propósito de incriminar (ou isentar) alguém de responsabilidade, com vistas a obter a melhor qualidade da decisão judicial e impedir uma decisão injusta. Mas o fundamento vai além: não se limita a perquirir a boa ou má-fé dos agentes policiais/estatais que manusearam a prova. Não se trata de presumir a boa-fé, nem a má-fé, mas sim de objetivamente definir um procedimento que garanta e acredite a prova independente da problemática em torno do elemento subjetivo do agente.

(...) Essa exigência vai projetar efeitos no segundo momento – no processo – como forma de diminuir o espaço impróprio de discricionariedade judicial, fazendo com que a decisão não dependa da valoração do juiz acerca da interioridade/subjetividade dos agentes estatais, sob pena de incorrer numa dupla subjetividade com incontrolabilidade ao quadrado.

Diante da aplicação das garantias e princípios constitucionais à investigação e o seu devido andamento, a cadeia de custódia da prova nesta fase da persecução dotará a prova de maior autenticidade e fiabilidade, aproximando-se

mais da realidade dos fatos apurados; dará maior credibilidade e legitimidade às atividades investigativas, pois se evitará arbitrariedades com o controle; permitirá à defesa, ativamente, analisar a legalidade das provas e a possível contaminação daquelas provas derivadas; poderá evitar que acusações temerárias tenham andamento; e permitirá julgamentos equilibrados e justos, com sentenças amparadas por maior objetividade e qualidade.

4 CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PENAL

A cadeia de custódia da prova penal possibilita o acesso às fontes das provas coligidas durante a persecução penal, mais especificamente, na investigação preliminar, permitindo-se reconhecer a prova que consta no processo como sendo a mesma prova colhida na investigação.

Conhecer seu conceito e finalidades, a forma como se aplica à investigação criminal, se existe ou não previsão legal para a cadeia de custódia, assim como saber quais são as consequências quando ocorre a quebra, é de suma importância, principalmente quando analisada frente aos direitos e princípios processuais penais previsto na Constituição Federal, como será discutido no decorrer do capítulo.

4.1 Conceito e Finalidade da Cadeia de Custódia da Prova

Chain of custody ou cadeia de custódia tem sua origem no direito norte-americano, criada com o intuito de coibir alterações dos resultados das persecuções penais pelas partes ou terceiros, conforme Geraldo Prado (2014).

A cadeia de custódia, inicialmente, pode ser compreendida como um conjunto de procedimentos que visa a manutenção da integridade, autenticidade e idoneidade dos vestígios (MARINHO, 2011).

Na tentativa de explicar o que é o instituto em análise, Yuri Felix e Alexandre Morais da Rosa exemplificam de forma eficaz (2017, p. 161):

Todos já foram fazer exames de sangue em laboratórios e o cuidado com a identificação da titularidade do material coletado, os cuidados metodológicos com o manuseio, buscam garantir a cadeia de custódia, evitando-se, com isso, erros do resultado. O percurso é importante para a demonstração do nexo entre o meio de prova obtido e os resultados buscados

Carlos Edinger conceitua a cadeia de custódia como sendo uma sucessão de elos (2016, p. 242):

A cadeia de custódia é composta de elos, que dizem respeito a um vestígio que, por sua vez, eventualmente, será considerado uma prova. Um elo é qualquer pessoa que tenha manejado esse vestígio. É dever do Estado – e

também, direito do acusado, identificar, de maneira coerente e concreta, cada elo a partir do momento no qual o vestígio foi encontrado. Assim, fala-se em cadeia de custódia íntegra quando se fala em uma sucessão de elos provados.

Apesar do importante apontamento feito pelo autor, conceituando cadeia de custódia a partir dos agentes que manuseiam os vestígios referentes a determinado fato, não é suficiente para compreender a temática.

Considerando a conservação dos vestígios e a rastreabilidade mediante registro dos procedimentos aplicados, Alberi Espindula expõe (2013, p. 185):

Podemos conceituar a cadeia de custódia como sendo a sequência de proteção e guarda dos elementos materiais encontrados durante uma investigação e que devem manter resguardadas as suas características originais e informações, sem qualquer dúvida sobre a sua origem e manuseios. Pressupõe o formalismo de todos os seus procedimentos por intermédio de registros do rastreamento cronológico de toda a movimentação de alguma evidência.

Portanto, a cadeia de custódia é a garantia de total proteção aos elementos encontrados e que terão um caminho a percorrer, passando por manuseio de pessoas, análises, estudos, experimentações e demonstração – apresentação, até o final do processo criminal transitado em julgado. (Grifo do autor)

Claudemir Rodrigues Dias Filho incluindo vários aspectos na formação conceitual, disserta (2009, p. 447):

Uma sucessão de eventos concatenados, em que cada um proporciona a viabilidade ao desenvolvimento do seguinte, de forma a proteger a integralidade de um vestígio do local de um crime ao seu reconhecimento como prova material até o trânsito em julgado do mérito processual; eventos estes descritos em um registro documental pormenorizado, validando a evidência e permitindo sua rastreabilidade, sendo seu objetivo-fim garantir que a evidência apresentada na corte se revista das mesmas propriedades probatórias que o vestígio coletado no local do crime.

A Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça, em julho de 2014, criou a Portaria nº 82, a qual traz um conceito de cadeia de custódia: “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”.

Os conceitos acima replicados, apesar de não explicitarem, abrangem dois princípios da cadeia de custódia da prova: o princípio da mesmidade e o princípio da desconfiança.

A mesmidade está relacionada com a integridade dos elementos probatórios, ou seja, o elemento é e permanece exatamente como estava quando foi colhido. Já o princípio da desconfiança, é a necessidade de se legitimar o poder estatal e acreditar os elementos probatórios mediante os procedimentos da cadeia de custódia para que possam ingressar na ação penal, conforme Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa dissertam (2015, s.p.):

Por “mesmidade” (forma aproximada a empregada na língua espanhola, que não possui correspondentes em português e não pode ser traduzido como ‘mesmice’), entende-se a garantia de que a prova valorada é exatamente e integralmente aquela que foi colhida, correspondendo portanto “a mesma”. Não raras vezes, por diferentes filtros e manipulações feitas pelas autoridades que colhem/custodiam a prova, o que é trazido para o processo não obedece a exigência de “mesmidade”, senão que corresponde ao signo de ‘parte do’, que constitui, em última análise, ‘a outro’ e não ‘ao mesmo’.

(...) Já a “desconfiança” (decorrente salutar em democracia, onde se desconfia do poder, que precisa ser legitimado sempre) consiste na exigência de que a prova (documentos, DNA, áudios etc.) devam ser ‘acreditados’, submetidos a um procedimento que demonstre que tais objetos correspondem ao que a parte alega ser.

A cadeia de custódia tem a finalidade de “assegurar a fiabilidade do elemento probatório, ao colocá-lo sob proteção de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória” (PRADO, 2014, p. 86), de tal modo que, não seguir as formalidades para preservação da idoneidade impede que tais elementos sejam valorados pelo juiz da causa posteriormente, por serem inadmissíveis (e por isso não deverão ingressar no processo).

Com a cadeia de custódia quer-se garantir a disponibilidade e acesso às fontes de prova não só à acusação, mas também para a defesa, em razão de seu direito à prova na persecução penal derivado do contraditório e da ampla defesa, de maneira que não sejam suprimidas provas que possam auxiliá-la na interpretação sobre os fatos, porque:

(...) O direito fundamental à prova abrange a possibilidade de se indicar fontes de prova, de se exigir que elas venham ao processo, da mesma forma como foram obtidas, de utilizar os mecanismos de prova, pela metodologia legalmente definida, e de exigir a valoração dos elementos trazidos. (EDINGER, 2016, p. 244).

Também legitima a atuação estatal ao garantir a rastreabilidade dessas fontes e permite que a paridade de armas seja efetiva, pois preservar as fontes de prova é “como remédio jurídico-processual contra o desequilíbrio inquisitório, caracterizado pela seleção e uso arbitrário de elementos pelas agências repressivas” (PRADO, 2014, p. 75).

Por fim, convém mencionar que a cadeia de custódia tem seu início com a própria investigação criminal. É a partir dela que serão colhidos os vestígios⁶ (DIAS FILHO, 2009) que poderão se transformar em evidências⁷, elementos probatórios.

Querendo-se a preservação das fontes, o fim deste dispositivo ocorrerá apenas com o trânsito em julgado da ação penal, como lecionado por Claudemir Rodrigues Dias Filho (2009, p. 440):

E, de acordo com o Código de Processo Penal brasileiro, o processo termina com o trânsito em julgado do mérito, e não quando findada a perícia. Essa ponderação tem lugar no espócio da discussão por questão de ordem prática: existe um intervalo entre a realização dos exames periciais e o fim do processo penal. Desconsiderar tal intervalo na cadeia de custódia, seria aceitar que a prova deixa de ser custodiada a partir da emissão do laudo pericial, quando, em verdade, o ponto máximo da prova emerge em sua apresentação perante o magistrado ou o júri, se acabando, portanto, *a posteriori*.

Observada a cadeia de custódia dos elementos probatórios na fase extrajudicial, haverá sua admissibilidade no processo, permitindo que sejam valorados juntos às demais provas produzidas na ação penal. Porém, ainda deverá ser preservada a cadeia de custódia até seu trânsito em julgado, para não se perder a rastreabilidade e idoneidade das fontes de prova que servirão para formar o convencimento do magistrado e conservar intactos direitos e garantias constitucionais.

⁶ “Assim podemos dizer que o *vestígio* é tudo o que encontramos no local do crime que, após estudado e interpretado pelos peritos, possa vir a se transformar – individualmente ou associado a outros – em *prova*” (ESPINDULA, 2013, p. 87).

⁷ “Desse modo, no conceito criminalístico, *evidência* significa qualquer material, objeto ou informação que esteja relacionado com a ocorrência do delito” (ESPINDULA, 2013, p. 88).

4.2 Cadeia de Custódia dos Elementos Probatórios da Investigação Criminal

No capítulo referente à investigação criminal, esta ficou compreendida como um processo administrativo (sentido amplo), deflagrado apenas pelo Estado que, por meio de suas instituições, buscará elementos sobre materialidade e autoria de uma infração penal.

Percebe-se então, que na investigação preliminar, o Estado unilateralmente busca todos os elementos probatórios relacionados ao fato criminoso, e a autoridade que a preside é detentora de uma discricionariedade para definir a linha investigativa, cabendo ao investigado apenas requerer diligências, as quais ainda precisarão ser deferidas pela autoridade investigadora.

Contudo, apesar de serem agentes estatais detentores do poder investigatório, não se pode presumir a legitimidade de todos os atos administrativos, pois as garantias constitucionais que incidem na fase extrajudicial, são de fácil manipulação (FELIX; ROSA, 2017). Deve o Estado, mediante a formalização dos atos registrá-los e demonstrar a licitude e transparência.

Em um Estado Democrático, no qual se coloca indivíduo na frente dos interesses do Estado, desconfiar é “decorrência salutar em democracia, onde se desconfia do poder, que precisa ser legitimado sempre” (MORAES, 2017, p. 133). Desta mesma forma vislumbram Yuri Felix e Alexandre Morais da Rosa (2017, p. 151-152):

No contexto brasileiro, de mentalidade autoritária, parte-se da legitimidade dos atos administrativos tendentes à apuração de infrações penais, contaminando as fases posteriores. Entretanto, deveria acontecer justamente o inverso. A legitimidade da intervenção na vida, propriedade e liberdade dos sujeitos deve ser comprovada – pelo Estado – no decorrer do processo. Por isso, desde a regularidade do flagrante, a efetiva “Advertência de Miranda”, todos os atos devem ser comprovados pelo Estado. Assim como nos Estados Unidos, os atos estatais devem receber, *prima facie*, a presunção de ilicitude. Não é o acusado quem deve comprovar que seus direitos e garantias não foram efetivados, mas o Estado promover meios (gravação, testemunhas, etc.) capazes de demonstrar o procedimento correto. Esse giro de compreensão, da pressuposta legitimidade dos atos, para a presunção de ilicitude é um passo para efetivação do devido processo legal substancial.

Diante da necessária delimitação do poder de investigar para respeitar os princípios constitucionais incidentes na fase da investigação preliminar, Ada

Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho argumentam que a persecução deve observar um formalismo mínimo (2007, p. 155):

É por isso que a investigação e a luta contra a criminalidade devem ser conduzidas de uma certa maneira, de acordo com um rito determinado, na observância de regras preestabelecidas. Se a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável.

Não se trata de retirar a discricionariedade dos agentes estatais que se utilizam do genérico artigo 6º do Código de Processo Penal como apoio para direcionar os atos investigativos; mas também garantir que sejam respeitadas garantias constitucionais.

Será mediante a formalização de seus atos que se atingirá esta finalidade. Por meio da documentalização e procedimentalização da investigação criminal é que se poderá identificar a licitude e transparência da atuação estatal.

Com a procedimentalização, ter-se-á um histórico fidedigno da investigação, podendo defesa e acusação analisarem os atos investigativos; a ordem em que foram desenvolvidos; a origem dos dados coligidos; e as técnicas utilizadas. O detalhamento de todo o ocorrido na investigação em suas peças investigatórias seguindo um rito formal, corresponde à documentalização, e a sua falta torna o procedimento em ilegal, como afirmam Yuri Felix e Alexandre Moraes da Rosa (2017, p. 156-157):

Constitui-se em prática reprovável e ilegal a investigação sem formalização dos atos.

A legalidade constitucional deve(ria) presidir as investigações preliminares. Daí que o Boletim de Ocorrência ou a notícia *criminis* deveria ser apenas o primeiro registro, de regra, do possível fato criminoso. Depois disso, se necessário, cabe apuração preliminar e, sendo procedente, para fins de investigação, necessária a instauração formal, por portaria, do respectivo Inquérito Policial ou investigação equivalente. Inexiste apuração no “ar”, de gaveta, desprovida de formalização, salvo para fins escusos ou por preguiça. É requisito obrigatório à análise dos pedidos cautelares a formalização do procedimento administrativo. Isso é a democracia. Do mesmo modo devem proceder qualquer um dos legitimados para investigação.

Acrescenta-se a este entendimento, o que disserta Charles Emil Machado Martins (2019, p. 162):

Precisamente para essa averiguação, é necessário que todas as diligências levadas a efeito no decorrer do procedimento investigatório sejam formalizadas em autos circunstanciados, mediante transcrição objetiva, mas pormenorizada, do desenvolvimento de cada diligência, onde conste tudo quanto for valioso para a investigação, sem, entretanto, emitirem-se conclusões ou opiniões.

Deste modo, será possível verificar se houve ingerência de direitos fundamentais na investigação, conferir a legalidade, assim como tornar a reconstrução dos fatos mais próxima do ocorrido, já que a proceduralização e a documentalização não permite que sejam criadas lacunas para adulterações e manipulações.

Complementa-se com o que disserta Ademar Borges de Sousa Filho (2015, p. 11):

A defesa, no processo penal, é detentora do direito de conhecer a totalidade do recorte de cognição produzido pela acusação, para que possa rastrear a legalidade da atividade persecutória. Impõe-se sublinhar, nesse contexto, a necessidade de garantir ao investigado mecanismos de controle epistêmico da atividade probatória, é dizer, de permitir amplo acesso à defesa de toda a cadeia investigatória aos ditames legais e constitucionais. A investigação realizada sem a devida formalização nos autos do procedimento administrativo de apuração não possui validade, precisamente porque cerceia do investigado o direito de efetuar o controle sobre a legitimidade dos atos investigatórios.

A proceduralização e a documentalização são a manifestação da cadeia de custódia que estabelece “um procedimento regado e formalizado, documentando toda a cronologia” (LOPES JR, 2017, p. 412), possibilitando a rastreabilidade das fontes de prova, que nada mais são do que todos os elementos que tiverem relação com o fato e possam esclarecê-lo, como explica Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró (2003, p. 165-166):

As fontes de prova decorrem do fato em si, independentemente da existência do processo. Ocorrido o fato, tudo aquilo que puder servir para esclarecer alguém sobre a existência desse fato pode ser considerado como fonte de prova daquele fato. Exemplificativamente, quem tenha presenciado um acidente automobilístico é fonte de prova desse acidente. (...) As fontes de prova, portanto, são anteriores ao processo. Todavia, quando se tem conhecimento de uma fonte de prova, elas podem ser levadas à apreciação do juiz, o que é feito pela introdução no processo, pelos meios de prova.

As fontes de prova, portanto, correspondem aos elementos coligidos na investigação criminal que necessitam ter resguardada sua integralidade

(mesmidade), para que a defesa analise a licitude de todos os atos de investigação, como é possível depreender da lição de Aury Lopes Júnior (2017, p. 413):

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.

A interpretação de que a investigação se destina a buscar fontes de prova também pode ser extraída a partir do artigo 8º, do Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal.

Manter o histórico cronológico dos elementos probatórios por meio da procedimentalização e documentalização é ir além da previsão do artigo 9º, do Código de Processo Penal (prevê que o inquérito deve ser escrito): dará confiabilidade, qualidade e legitimidade à investigação, possibilitará a rastreabilidade das fontes para as partes exercerem o controle de legalidade dos atos de investigação e o direito à prova; e deixará evidente que foram respeitados os princípios constitucionais aplicáveis à investigação. Neste sentido, Carlos Edinger (2016, p. 247)

Em outras palavras, mais do que um mero dever de documentação de atos, trato esta exigência, legalmente posta, por força constitucional, como necessidade de que se possibilite o efetivo contraditório, sendo dever do órgão acusador e da polícia judiciária a disponibilização de recursos e meios que, mais do que possibilitar mero acesso aos elementos de prova, tragam conteúdo íntegro, coerente e consistente – que possa ser rastreado e verificado, portanto – dando azo a uma defesa efetiva a ser exercida.

A cadeia de custódia da investigação criminal pode ser realizada sobre os elementos materiais que deverão ser periciados. Tais elementos são encontrados no local em que ocorreu a infração e, então, a partir do momento em que chega alguma autoridade policial ao local, já se deve iniciar a preservação dos vestígios, ou seja, já se inicia a cadeia de custódia, conforme artigo 6º, I, do Código de Processo Penal. Com a chegada dos peritos, realizam-se registros de todos os processos e manuseios do material coletado: registra-se local em que foi encontrado; técnicas para retirada do material; numeração de lacre; acondicionamento para transporte e

para armazenamento (após término das análises periciais); método científico adotado; e registro de todos os custódios (ESPINDULA, 2013).

Trata-se de toda uma sequência de proteção dos elementos envolvendo:

(...) desde o momento do primeiro contato com o vestígio (no caso de exames periciais) ou algum documento que seja apreendido, passando pelo encaminhamento do laudo pericial, indo até a entrega formal do inquérito policial à justiça.

No âmbito da justiça os mesmos cuidados devem ser observados. E, caso ocorram situações em que o inquérito volte da justiça para novas diligências, deve ser observado se tais procedimentos foram devidamente atendidos. Ou seja, não importa qual o caminho e suas possíveis idas e voltas, em todas elas os procedimentos determinados pela cadeia de custódia devem ser rigorosamente observados. (ESPINDULA, 2013, p. 188).

O cuidado com a cadeia de custódia deve ser o mesmo, senão redobrado, quando se trata de métodos ocultos de investigação, “como interceptação telefônica e de e-mails, as escutas domiciliares” (PRADO, 2014, p. 59), uma vez que são métodos que relativizam o direito à intimidade e privacidade do investigado, tanto que precisam de autorização judicial para serem empregados, e, enquanto estão em andamento, a defesa do investigado não tem acesso, pois são sigilosos:

Um dos aspectos mais delicados na temática da aquisição de fontes de prova consiste em preservar a idoneidade de todo o trabalho que tende a ser realizado sigilosamente, em um ambiente de reserva que, se não for respeitado, compromete o conjunto de informações que eventualmente venham a ser obtidas dessa forma. (PRADO, 2014, p. 77).

Observar a cadeia de custódia quando os agentes estatais utilizam destas técnicas, será importante para constatações posteriores de manipulações, adulterações ou supressões, já que o elemento probatório é unilateralmente colhido pelo Estado em sigilo e poderá manuseá-lo para alterar o resultado da própria investigação. Yuri Felix e Alexandre Morais da Rosa alertam (2017, p. 163-164):

A questão ganha contornos trágicos nos casos de utilização de métodos ocultos, dada a manipulação (supressão, omissão, etc.) por parte do jogador acusador. Nos casos de interceptação telefônica, de dados, agentes infiltrados, captação ambiental, imagens, filmagens, dentre outras modalidades ocultas, a manutenção de todo o material obtido, com a exclusão por parte do julgador e não do jogador unilateralmente, capaz de gerar a incidência do contraditório efetivo, é condição à validade da prova. A

juntada parcial, deletada, omitida, de boa ou má-fé, traz consigo a ilicitude da prova e a contaminação das provas dela decorrentes (fruto da árvore envenenada). A utilização dessa modalidade de *doping* é prática corrente nas investigações de métodos ocultos, especialmente porque se atribui a função de capturar, manipular e apresentar, por exemplo, o resultado da interceptação telefônica e de dados ao próprio acusador. Logo, sem a imparcialidade objetiva.

Deve-se compreender que os elementos da investigação criminal não se destinam mais apenas à acusação. Manter a integridade, idoneidade e a rastreabilidade das fontes de provas é de suma importância, porque tudo aquilo que foi coletado e puder servir à defesa também deverá constar na investigação criminal, já que o objetivo é elucidar os fatos ocorridos sem violar a presunção de inocência e o devido processo legal.

Além disso, os elementos materiais (como por exemplo o DNA, documentos e objetos) e os derivados de métodos ocultos de investigação são evidências que possuem peso sobre o convencimento do magistrado, já na ação penal, por se partir do pressuposto de que são dotadas de maior confiabilidade e objetividade, seja pelo emprego de técnicas científicas na análise ou pela impossibilidade de interferência do investigado.

Não se deve limitar o emprego de procedimentos apenas aos mencionados. Modificar a forma como são registrados, nas delegacias, os depoimentos de testemunhas ou os interrogatórios, dará maior credibilidade às investigações criminais. Ao invés de se datilografar os depoimentos, melhor seria gravá-los, como explica Pedro Lucas de Vargas, ao aplicar o artigo 405, §1º, do Código de Processo Penal às investigações criminais (2019, p. 148-149):

Quando mais não fosse, se no processo judicial, no qual há o necessário acompanhamento por advogado, a legislação determina que o registro de depoimentos seja feita de modo gravado, não há porque não realizar os depoimentos da mesma forma na seara investigativa, visto que isso traz a garantia de fidelidade do material informativo coligido, consubstanciando uma salvaguarda a mais para o investigado (indo ao encontro do que preconiza, também, as audiências de custódia).

(...) Tal procedimento é vantajoso em diversos aspectos. Senão, vejamos. Primeiro, pela agilidade. É muito mais célere simplesmente gravar o depoimento ao invés de ouvir o depoente para que o escrivão ou servidor que esteja auxiliando a Autoridade Policial ou membro do Ministério Público faça a digitação.

Segundo, pela fidelidade do depoimento, evitando-se a má interpretação ou mesmo a intencional distorção do que é dito, fechando-se, no mesmo passo, a porta para alegações do tipo “não foi isso o que eu disse”, “assinei sem ler”, “fui pressionado”, infelizmente tão comuns no dia a dia forense, tanto por parte de testemunhas como de acusados.

A latere, trata-se de uma garantia para o próprio investigado, que, em querendo se manifestar (obviamente pode fazer uso do direito constitucional ao silêncio), terá seu interrogatório registrado com exatidão, ficando livre de eventual direcionamento de suas palavras quando da transcrição de seu depoimento.

A gravação dos depoimentos garante uma investigação mais fidedigna, facilita a confrontação entre o que foi registrado nos autos da investigação com o dito na instrução criminal, assim como protege o investigado de quaisquer desvios em seu interrogatório, pois, em razão da gravação, os servidores adotarão uma conduta mais proba, menos autoritária, e também permitirá atestar aparência física enquanto presta o depoimento.

Em caso de busca e apreensão em que não será necessária a perícia, observa Alberi Espindula (2013), que a cadeia de custódia também deve ser assegurada para que haja idoneidade daquilo que foi recolhido pela autoridade policial, evitando-se dúvidas sobre sua origem e quais caminhos percorreu na investigação, justamente por se tratar de um procedimento que contém uma formalização rigorosa, devendo seus atos estarem todos documentados.

O dispositivo da cadeia de custódia, evidentemente, está impregnado em toda a investigação criminal, para que haja credibilidade e legitimidade daquilo que é produzido. Ela confirma se o que consta nos autos da investigação é o mesmo que foi colhido pelos agentes estatais, tal como permite ao investigado conferir se todos os procedimentos foram seguidos mediante a análise dos registros.

Quando respeitada, ratifica-se que os elementos da investigação não foram objeto de manipulação dos agentes estatais, de forma a não dar margem a subjetividades ao posterior julgamento. Do contrário, tais elementos probatórios comprometeriam o resultado de toda a ação penal, pois não haveria unidade das provas (falta da mesmidade), o que leva à violação do direito à prova, do contraditório e da ampla defesa, pois a quebra na sequência da cadeia de custódia tem por consequência a falta de rastreabilidade e confiabilidade do que foi produzido.

4.3 Quebra da Cadeia de Custódia e Suas Consequências

Enquanto cadeia de custódia é o registro cronológico dos elementos probatórios dando acesso a todo o histórico desses elementos, a quebra da cadeia de custódia, pelo contrário, é a perda das fontes de prova.

Junto à constatação da quebra da cadeia de custódia, vem a indagação de quais seriam as consequências e qual seria o tratamento dado ao elemento probatório cuja integridade fora comprometida. Para tais conclusões, faz-se necessário discutir e conceituar provas ilegítimas e provas ilícitas.

A reconstrução dos fatos na persecução criminal não pode ser desenvolvida de qualquer maneira e ilimitadamente em nome da suposta verdade sobre os fatos. Muito pelo contrário, deve ser guiada pela legalidade dos procedimentos “blindando as garantias constitucionais e eliminando aqueles que trapaceiam, desrespeitando as regras do jogo” (ASSUNÇÃO; TÁVORA, 2012, p. 21).

Quando os elementos probatórios são coligidos mediante violação de normas, a discussão transfere-se para o âmbito das provas ilegais, as quais consistem “em violação de qualquer vedação constante do ordenamento jurídico, separando-se em prova ilícita, quando é ofendida norma substancial, e prova ilegítima, quando não e atendido preceito processual” (FERNANDES, 2007, p. 91).

Compreende-se, portanto, que prova ilegal é gênero, da qual surgem duas espécies: prova ilegítima e prova ilícita. Esta divisão também é feita na obra de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (2007, p. 158-159):

No campo das proibições da prova, a tônica é dada pela natureza processual ou substancial da vedação: a proibição tem natureza exclusivamente processual quando for colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo; tem, pelo contrário, natureza substancial, quando, embora servindo imediatamente também a interesses processuais, é colocada essencialmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo. (...) Acompanhando essa terminologia, diz-se que a prova é ilegal, toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida.

Aury Lopes Júnior (2017) corrobora com tais distinções e considera como prova ilícita aquela que viola direito material, mas detalha que também será assim considerada aquela prova que viola regra constitucional.

Esta divisão apontada pela doutrina supracitada é de suma importância, pois a prova ilegítima e prova ilícita recebem tratamentos distintos.

Inadmitida pela Constituição Federal (artigo 5º, LVI), a prova ilícita encontra-se no plano da inadmissibilidade, o que a impede de ingressar no processo; enquanto que a prova ilegítima, está no plano da nulidade, ou seja, a prova já está no processo, mas sua produção é nula e pode ser renovada ou retificada, se não for anteriormente sanada, conforme artigo 573, do Código de Processo Penal. Gustavo Badaró resume (2012, p. 286):

Por outro lado, quanto à sanção processual, afirma-se que a prova ilícita é inadmissível, o que evita o seu ingresso no processo, enquanto a prova ilegítima será sancionada com a nulidade de sua produção, uma sanção, portanto, *ex post factum*.

(...) Não há como negar que a inadmissibilidade impede o ingresso, no processo, de uma prova ilícita, o que não ocorre na teoria das nulidades. (Grifo do autor)

A ilicitude da prova ocorre, logo na obtenção dos elementos probatórios (fonte de prova), segundo Gustavo Badaró (2012). Assim, não é detentora do *status* de prova, já que não produz nenhum efeito jurídico, e deve ser desentranhada dos autos:

Mas aqui o fenômeno toma outra dimensão: as provas ilícitas, sendo consideradas pela Constituição inadmissíveis, não são por esta tidas como provas. Trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria da inexistência jurídica. Elas simplesmente *não existem como prova: não têm aptidão para surgirem como provas*. Daí sua total ineficácia.

(...) Por isso, em grau de recurso, o tribunal deverá desconsiderar as provas ilícitas que tiverem sido irregularmente admitidas e levadas em consideração pela sentença. Como já determinou o STF, devem elas ser mesmo desentranhadas do processo. (GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, 2007, p. 171)

Muito embora existam doutrinas que entendam que esta distinção não possui aplicabilidade prática, pois, normalmente, a prova ilícita ingressa no processo e depois é desentranhada, assim como ocorreria com a prova ilegítima, sendo este o posicionamento de Gustavo Badaró (2012), Geraldo Prado, com razão, se posiciona de forma contrária e argumenta que não é cabível esta comparação, porque “a

possibilidade de os atos nulos serem saneados enfraquece a função normativa de proteção que é da essência do processo penal” (2014, p. 89).

Superada a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima, compreendendo que aquela está impregnada pela ilicitude por lesionar direito material ou norma da Constituição Federal quando da sua obtenção, não pode ser refeita e muito menos valorada (por isso deve ser retida dos autos), diferente da prova ilegítima, passa-se a questionar qual seria o tratamento adequado à prova que tem rompida sua cadeia de custódia.

Fazendo esta indagação, Aury Lopes Júnior prontamente responde ser prova ilícita (2017, p. 414):

Questão final é: qual a consequência da quebra da cadeia de custódia (*break on the chain custody*)? Sem dúvida deve ser a proibição de valoração probatória com a consequente exclusão física e de toda a derivada. É a “pena de *inutilizzabilità*” consagrada pelo direito italiano. Mas é importante que não se confunda a “teoria das nulidades” com a “teoria da prova ilícita”, ainda que ambas se situem no campo da ilicitude processual, guardam identidades genéticas distintas. É por isso que não se aplicam às provas ilícitas as teorias da preclusão ou do prejuízo. Esse é um diferencial crucial, não raras vezes esquecido.

Com a quebra da cadeia de custódia da prova, a integridade da prova fica prejudicada, não havendo mais a mesmidade, fato este que deve levar à perda da credibilidade e confiabilidade do elemento probatório em análise. “O rastreamento das fontes da prova será uma tarefa impossível se parcela dos elementos probatórios colhidos de formar encadeada vier a ser destruída” (PRADO, 2014, p. 79).

Isso porque, ocorrendo o rompimento das sequências, há o comprometimento dos elementos probatórios da investigação, de maneira a impossibilitar, ao investigado e sua defesa, o acesso à fonte de prova (irrastreabilidade), além dos riscos de manipulação e contaminação da evidência, afastando-se cada vez mais da verdade dos fatos investigados.

Diante da inacessibilidade da defesa à fonte da prova durante a investigação, já é possível identificar o rompimento com princípios e direitos fundamentais, pelos quais a fase extraprocessual deve se guiar.

A publicidade e o direito à informação (viés do princípio do contraditório) são violados, pois o investigado não poderá ter acesso à integralidade da evidência colhida e, conseqüentemente, compromete, de antemão, o direito de

defesa (princípio da ampla defesa), que seria exercido na ação penal, já que a defesa não conseguirá contra-argumentar de forma plena os elementos probatórios pela irrastreabilidade de todos os elos da custódia, “inviabilizando o exercício da ampla defesa, ante a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória” (MAGALHÃES, 2014, p. 523)

Neste sentido, Carlos Edinger expõe (2016, p. 252):

Afinal, se eu desconheço a providência daquela prova, se eu desconheço por quem aquela prova passou e o que foi feito com ela, nada impede que seja ela objeto de manipulação e seleção unilateral das provas, realizada por agentes do Estado ou, até, por eventuais corréus que apresentem acusações recíprocas e versões divergentes. Ainda, sem a intervenção da autoridade jurisdicional e controle das partes processuais, o material probatório indevidamente descartado ou alterado poderia conter prova de defesa capaz de conduzir à absolvição dos acusados.
(...) Ainda em seara constitucional, posso arguir a violação ao contraditório, caso não seja dada a oportunidade de se mostrar a tese de defesa. É dizer, mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório (...).

O devido processo legal e o direito à prova são também afrontados por não se respeitar um procedimento que deixasse evidente a não manipulação dos elementos probatórios pelo Estado e a disponibilidade das fontes à defesa, de acordo com Geraldo Prado (2014). A presunção de inocência também é violada, vez que o não acesso à fonte da prova pela defesa, torna plausível a adulteração ou contaminação que podem levar à condenação do investigado em momento posterior, correspondendo apenas aos interesses da acusação. A ministra Assusete Magalhães afirma (2014, p. 523):

O poder punitivo do Estado apenas encontra legitimação na observância dos princípios do devido processo legal e da presunção da inocência, que não podem ser assegurados sem que se disponibilize, a ambas as partes, o conhecimento integral das fontes de prova. Nesse sentido, o produto da interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, impondo-se, ao juiz, a tarefa de franquear, à defesa, os mesmos recursos para se preparar para o litígio, o que somente pode ser assegurado quando houver a preservação da integridade dos elementos informativos colhidos no curso da investigação criminal.

Fica constatado, desde a investigação preliminar, o comprometimento do equilíbrio entre as partes esperado na fase processual, fazendo esta perder sua legitimidade:

A delicada situação de uma investigação criminal não controlável pode conduzir, no extremo, a exercícios retóricos de desvalorização da própria investigação, quando, em realidade, ela ocupará lugar central em hipotética decisão condenatória fundada em depoimento que analisam e avalizam o conjunto de elementos colhidos na investigação que eventualmente não estejam disponíveis para a defesa.

(...) O filtro processual contra provas ilícitas depende do rastreo das provas às fontes de prova (elementos informativos) e a ilicitude probatória, direta ou por derivação, é mais facilmente detectável na sequência deste rastro produzido entre as fontes de prova e os elementos (meios) probatórios propriamente ditos.

(...) A paridade de armas sucumbe na hipótese de a acusação, por si ou através da polícia, vir a dispor de amplo conjunto de informações e este acervo terminar sonogado à defesa, ainda que parcialmente, porque não foi devidamente resguardado ou até porque foi suprimido. (PRADO, 2014, p. 56-57)

Pelo risco de se comprometer o resultado de toda a persecução penal e a presunção de inocência, assim como pela violação de princípios e direitos fundamentais previsto na Constituição para que se fale em um processo penal justo, a quebra da cadeia de custódia da prova torna o elemento probatório em ilícito, recaindo sobre a inadmissibilidade, “pois não há como sujeitá-lo, adequadamente, aos procedimentos de comprovação e refutação” (PRADO, 2014, p. 87).

Carlos Edinger também conclui pela ilicitude dos elementos com cadeia de custódia quebrada, pois “violam o devido processo legal, o contraditório, a integridade da prova, a lealdade entre as partes e, principalmente, a vedação constitucional às provas ilícitas” (2016, p. 255).

Na apelação nº 3000236-57.2013.8.26.0223, julgada pela 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, muito embora não se tenha dado provimento ao pedido do acusado, reconheceu-se que a quebra da cadeia de custódia da prova está no campo da licitude da prova:

A questão suscita a temática envolvendo a chamada cadeia de custódia, entendida como o procedimento que visa assegurar a preservação das fontes de prova, documentando a história cronológica da evidência, de sorte a obstar a manipulação indevida da prova. Cuida-se, em última análise, de assegurar que a prova valorada corresponde àquela colhida. A higidez da cadeia de custódia insere-se no campo da licitude da prova. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Apelação Criminal nº 3000236-57.2013.8.26.0223; 14ª Turma. Relator: Laerte Marrone. Julgamento em 08/11/2018)

Houve decisão do Superior Tribunal de Justiça que, além de reconhece a quebra da cadeia de custódia, ainda considerou a prova como ilícita:

(...) 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. (...)

(...) 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.

(...) XVII. Ordem concedida, de ofício, para anular as provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, determinando, ao Juízo de 1º Grau, o desentranhamento integral do material colhido, bem como o exame da existência de prova ilícita por derivação, nos termos do ar. 157, §§1º e 2º, do CPP, procedendo-se ao seu desentranhamento da Ação Penal 2006.51.01.523722-9. (Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 160.622 -RJ, 6ª Turma, Relatora: Ministra Assusete Magalhães, julgamento em 18/02/2014; publicação em 17/03/2014).

Identificada a falta de encadeamento no manuseio dos elementos na investigação, já serão considerados como violadores do princípio da inadmissibilidade da prova ilícita, devendo ser retirados dos autos da investigação assim como aqueles que deles derivarem (artigo 157, do Código de Processo Penal), de forma que não poderão ser analisados pela acusação para formação da *opinio delicti*. Muito menos será valorada pelo juiz da ação penal (se esta vier a ser deflagrada) para formação de seu convencimento, tornando menores os riscos de comprometimento da imparcialidade pela subjetividade do magistrado.

4.4 Previsão da Cadeia de Custódia da Prova no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O atual Código de Processo Penal não possui previsão específica para a cadeia de custódia da prova.

Há cuidados mínimos contidos no artigo 6º, do CPP, para não serem alterados o estado das coisas e sejam conservadas; e a ordem para que os peritos guardem material suficiente para eventual nova perícia, de acordo com o artigo 170, do Código de Processo Penal. Verifica-se, portanto, a forma incipiente que o tema ainda é tratado no ordenamento jurídico brasileiro.

Em julho de 2014, como já citado, a Secretaria Nacional de Segurança Pública trouxe o dispositivo da cadeia de custódia por meio da Portaria nº 82. Apesar da tentativa inicial de se regulamentar o assunto, a Portaria destina-se mais às perícias, esquecendo-se de que há outros elementos probatórios que também necessitam da previsão de procedimentos para resguardar as fontes de prova, como os métodos ocultos de investigação. Também traz diretrizes muito genéricas, na tentativa de ser aplicada a vários tipos de vestígios, esquecendo de suas particularidades.

Além disso, “as *portarias*, como os demais atos administrativos internos, não atingem nem obrigam aos particulares, pela manifesta razão de que os cidadãos não estão sujeitos ao poder hierárquico da Administração Pública” (MEIRELLES, 2016, p. 210). Esta falta de vinculação aos particulares cria barreiras à própria cadeia de custódia, visto que aqueles que auxiliam na investigação e não são agentes do Estado, como seria o caso de detetives particulares que podem colaborar com a investigação de acordo com o artigo 5º, da Lei nº 13.432 de 2017, não estariam obrigados a observar os procedimentos para preservação dos elementos probatórios previstos na Portaria nº 82, justamente porque ela não os alcançaria.

Neste sentido, muito embora fale apenas da prova pericial, Girlei Veloso Marinho assinala a falta de regulamentação no Brasil sobre o assunto em comparação com outros países da América do Sul (2011, p. 43):

A legislação brasileira não é precisa quanto à regulamentação da cadeia de custódia, bem como apresenta fragmentada em poucos artigos no Código de Processo Penal. Os principais países da América do Sul mostram uma preocupação mais aprofundada com a manutenção da preservação da integridade dos vestígios e a garantia da idoneidade do processo em que a prova pericial esteja submetida.

A Colômbia, Equador, Peru e Chile possuem seus manuais de cadeia de custódia, onde podem ser observados todos os procedimentos, desde a coleta, registro, posse, acondicionamento, individualização, transporte e guarda da prova pericial. O Brasil precisa urgentemente adotar medidas para produzir uma prova pericial com transparência, íntegra e idônea. Há necessidade que a prova pericial seja produzida de forma segura, confiável e que atenda com satisfação à sociedade.

Geraldo Prado faz apontamentos sobre a o tratamento dado à matéria na norma processual penal chilena (2014, p. 16):

A matéria, no entanto, não é desconhecida dos sistemas jurídicos que mais recentemente aperfeiçoaram os procedimentos criminais em busca da melhor qualidade de prestação jurisdicional.

No fim dos anos de 1990 e início deste século, na América do Sul, o Chile saltou de um processo penal de clara e aberta adesão ao modelo inquisitorial para outro, fundado em um paradigma acusatório, mais condizente com as exigências do Estado de Direito, mas também mais preocupado com o acerto da decisão judicial.

No campo das provas uma das questões sensíveis consistiu em estabelecer critérios de um sistema de controles epistêmicos que seja o sistema, por si, capaz de assegurar a “autenticidade” de determinados elementos probatórios, documentos e objetos, empregados como base dos argumentos das partes para convencer o juiz acerca da existência de certos fatos penalmente relevantes.

Na busca em suprir a lacuna legal no futuro, incluiu-se a matéria entre os artigos 192 e 194, do Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal, prevendo que todos os agentes estatais que participarem da persecução penal deverão observar a cadeia de custódia, assim como os particulares; traz conceitos e algumas delimitações sobre o assunto. No entanto, o projeto de Lei em nada trata sobre a quebra da cadeia de custódia da prova e suas consequências.

Também é relevante ressaltar que, mesmo com a aprovação do projeto de lei, ainda deverão ser criados manuais, os quais deverão abordar procedimentos e técnicas para cada tipo de elemento (como por exemplo os genéticos, digitais, os desenvolvidos sob sigilo).

Portanto, evidente está que a regulamentação da cadeia de custódia dos elementos probatórios ainda é insuficiente no Brasil, seja pela falta de previsão na norma processual penal, seja pelo uso de critérios genéricos na Portaria, sem levar em consideração a especificidade de cada um dos elementos (a cada um deve ser aplicada uma técnica distinta).

Mesmo diante do projeto do Novo Código de Processo Penal, se não forem acrescentados dispositivos que tratem sobre a quebra da cadeia de custódia, nem a determinação para que se criem manuais levando em consideração as especificidades dos elementos probatórios, os riscos de violação aos direitos e princípios constitucionais (devido processo legal, paridade de armas, acesso às fontes de prova, direito à prova, contraditório e ampla defesa, direito à intimidade e privacidade) sempre estarão presentes na persecução penal, podendo levar a julgamentos injustos pela falta de qualidade e confiabilidade das provas.

5 CONCLUSÃO

Com o desenvolvimento histórico, constatou-se que os sistemas processuais penais alternavam-se de acordo com o modelo de Estado adotado. Os sistemas processuais penais identificados, portanto, foram três: acusatório, inquisitivo e misto, diferenciando-se de acordo com as divisões das funções na persecução penal (acusar, defender e julgar), pelo tratamento do suspeito na investigação e processo e por seu princípio informador, exceto no caso do sistema misto.

No Brasil, o sistema adotado pelo Código de Processo Penal de 1941 é o misto, no qual a primeira fase é inquisitiva (investigação preliminar) e a segunda é acusatória, muito embora na redação original ainda predominasse o princípio inquisitivo.

Contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988, prevendo, como norma de hierarquia constitucional, direitos, garantias e princípios processuais penais, a imposição do princípio inquisitivo pelo CPP não poderia coexistir com o sistema desejado pela Constituição Federal: o sistema acusatório. Na tentativa de conciliar as normas, o Código de Processo Penal recebeu várias reformas. Todavia, ainda há resquícios de uma persecução penal inquisitória que devem ser eliminados mediante a adequação da norma constitucional aplicada à norma processual penal.

Assim, na investigação criminal, mesmo que de acordo com a legislação processual penal, haja características de um modelo inquisitivo, há que se ajustar ao que determina a Constituição Federal, para que haja não só uma investigação legítima e lícita, mas também uma persecução penal equilibrada e justa, sem maiores comprometimentos psicológicos do magistrado (imparcialidade), em razão de uma investigação seletiva e arbitrária (já que toda a investigação acaba por fazer parte da ação penal), assim como respeitar todos os princípios compreendidos dentro do devido processo legal e a presunção de inocência,

Em um Estado Democrático de Direito não se pode admitir que ele, o próprio Estado, por meio de suas instituições, atue sem quaisquer controle e limitações para investigar um determinado fato em nome da paz social e da verdade real inalcançável. Deste modo, deve-se reconhecer que o Estado necessita de freios ao seu poder de investigar, servindo os direitos e princípios constitucionais processuais penais como delimitadores da atividade de investigação.

Neste contexto, a investigação criminal deve ser compreendida como processo administrativo (sentido amplo) realizado para esclarecer determinado fato criminoso e sua autoria, devendo conter todos os elementos relacionados aos fatos, visto que servirá tanto para o Ministério Público formar sua *opinio delicti*, quanto para a defesa conhecer os elementos existentes contra o suspeito e possa identificar ilegalidades, ingerências de direitos fundamentais, tal como elementos que possam colaborar para o desenvolvimento de suas teses, efetivando a paridade de armas, direito à prova, contraditório e o direito de defesa.

A fiabilidade e a legitimidade da investigação são confirmadas quando os princípios do devido processo legal, legalidade, inadmissibilidade de provas ilícitas, contraditório e ampla defesa (mitigados) e publicidade são observados, permitindo o controle de legalidade não só pelo Ministério Público (que é o destinatário da fase pré-processual), mas também pela defesa do investigado.

O mecanismo de controle dos atos de investigação mostra-se necessário para se ter a garantia de que a investigação preliminar respeita a presunção de inocência e haverá uma ação penal com paridade de armas e contraditório efetivos, sem que a acusação ou autoridade policial selecione os elementos que constarão nos autos da investigação e da ação penal, de maneira a prejudicar a persecução penal em razão da manipulação.

Compreender que os elementos da investigação detêm valor probatório, pois em sua maioria não podem ser refeitos na instrução processual, e conforme as constatações acima elencadas sobre a relevância do controle externo, aplicar o dispositivo da cadeia de custódia da prova à investigação criminal é vital, já que esta corresponde ao conjunto de procedimentos aplicados aos elementos probatórios (fontes de prova) que garante sua integridade, autenticidade e idoneidade e rastreabilidade.

Preservar a cadeia de custódia da investigação criminal, é exigir a procedimentalização e documentalização da fase pré-processual para que haja o registro de todos os atos de investigação e peças investigativas em ordem cronológica, contendo um histórico fidedigno.

Deste modo, o Estado, pelo princípio da desconfiança, demonstra a legalidade e transparência da investigação, refutando a possibilidade de manipulações e violações de direitos e princípios constitucionais e normas processuais penais. Já integridade das fontes de prova decorrerá do princípio da

mesmidade, o qual exige que os elementos da investigação, continuem sendo os mesmos desde quando forem colhidos e assim permaneçam até o trânsito em julgado, necessitando de armazenamento e acondicionamento adequados para tanto.

Por isso, os locais, manuseios, os custódios e as técnicas empregadas nos elementos em uma perícia, nos métodos ocultos de investigação e buscas e apreensões devem ser documentados em sequência cronológica para que haja a rastreabilidade das fontes de prova pela acusação, defesa e magistrado, pois apenas assim será possível constatar se houve ou não adulterações, supressões ou manipulações dos elementos probatórios.

Não sendo possível a rastreabilidade das fontes de prova, terá ocorrido a quebra da cadeia de custódia e, como consequência, ocorrerá a lesão de vários direitos e princípios constitucionais que se aplicam à investigação criminal, como direito à prova, paridade de armas, contraditório e ampla defesa, devido processo legal e presunção de inocência. Isso porque, não há maneira de se confirmar a autenticidade e a mesmidade prova que consta nos autos da investigação.

Deste modo, em caso de quebra da cadeia de custódia, o elemento probatório é inadmitido, ou seja, deve ser considerado como prova ilícita (justamente por violar vários direitos e princípios constitucionais), devendo ser retirado da investigação para que não haja riscos de se contaminar tanto a formação da *opinio delicti* do Ministério Público, quando a imparcialidade do magistrado em eventual oferecimento da denúncia.

A cadeia de custódia da prova reflete em toda a persecução penal e é por meio dela que o Estado Democrático de Direito poderá legitimar a atividade persecutória. Sua quebra faz com que se perca elementos probatórios, muitas vezes responsáveis pela comprovação da materialidade delitiva e/ou autoria, assim como o contrário: a perda de elementos que poderiam levar à absolvição do investigado.

Entretanto, embora o tema seja de grande relevância para o processo penal brasileiro, a regulamentação da cadeia de custódia, no ordenamento jurídico, ainda é precária. Existem apenas previsões genérica que não são suficientes para dar o tratamento adequado ao assunto.

Deve existir previsão legal que regule a cadeia de custódia de forma satisfatória, ampliando a vinculação da lei para qualquer agente ou particular que atue na investigação e prever que existam, além da norma genérica (como

haveria, segundo o Código de Processo Penal), legislação que regularize os procedimentos para cada espécie de elemento, atendendo suas especificidades, sem excluir o modo como devem ser armazenados e acondicionados para evitar qualquer contaminação ou extravio.

Também será necessário a lei processual penal cuide do tratamento dado quando ocorrer a quebra da cadeia de custódia da prova, de maneira a padronizar a aplicação do instituto no país, trazendo maior segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ASSUMPÇÃO, Vinícius; TÁVORA, Nestor. **Processo Penal II: Provas – questões e processos incidentes**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Comissões Parlamentares de Inquérito e Suas Competências**: política, Direito e devido processo legal. In: Revista Jurídica Virtual, v. 2, n. 15, ago. 2000, p. 9-25. *Disponível em:* <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1001/985>. Acesso em: 28 de outubro de 2018.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 12 ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

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

BRASIL. Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994. **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Brasília, Planalto, 1994.

BRASIL. Lei n. 13.432, de 11 de abril de 2017. **Dispõe Sobre o Exercício da Profissão de Detetive Particular**. Brasília, Planalto, 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília: Planalto, 1941.

BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Portaria n. 82 de 18 de julho de 2014. **Estabelece as Diretrizes Sobre os Procedimentos a Serem Observados no Tocante à Cadeia de Custódia de Vestígios**. *Disponível em:* http://www.lex.com.br/legis_25740023_portaria_n_82_de_16_de_julho_de_2014. Acesso em: 08 de janeiro de 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 8.045/2010. **Projeto do Novo Código de Processo Penal**. *Disponível em:* http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776&filename=Tramitacao-PL+8045/2010. Acesso em: 08 de jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, súmula vinculante n. 14. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. *Disponível em:* <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculant> e. *Acesso em:* 25 de novembro de 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso em *Habeas Corpus* nº 51.531-RO; 6ª Turma. Relator: Nefi Cordeiro, julgamento em 19 de abril de 2016. *Disponível em:* http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2016/stj_00070839320148220000_19042016.pdf. *Acesso em:* 18 de novembro de 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. *Habeas Corpus* nº 315.220 – RS; 6ª Turma. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura, julgamento em 15 de setembro de 2015. *Disponível em:* <https://www.conjur.com.br/dl/hc-315220-quebra-sigilo-telematico-dez.pdf>. *Acesso em:* 18 de novembro de 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. *Habeas Corpus* nº 160.662-RJ, 6ª Turma, Relator: Assusete Magalhães, julgamento em 18/02/2014, publicação em 17/03/2014. *Disponível em:* <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=33803036&tipo=5&nreg=201000153608&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140317&formato=PDF&salvar=false>. *Acesso em:* 08 de janeiro de 2018.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, Apelação nº 3000236-57.2013.8.26.0223, 14ª Câmara de Direito Criminal, Relator: Laerte Marrone, julgamento: 08 de novembro de 2018, publicação: 29 de novembro de 2018. *Disponível em:* <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=3000236-57.2013.8.26.0223&cdProcesso=RI004MYOS0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=qRrezB3POO3KX1w9%2BoFMPjbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvopOIFcLcVhKZwbFR5ay2t301dIp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwYdiFAZdgnhdV3sWpU2yzuHeRvhBITONEPT7TfAKhOGzcV5ndWIV6vV5qQI8MI%2F74LY%2BhNvjmZfR1b4nzfyMNhpKpx8KXaQDRKe9U5wVykHx2HIdn74nbcxxZTEwJ%2FMZB>. *Acesso em:* 08 de janeiro de 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed., Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Emerson Ghirardelli. **Investigação Criminal Constitucional**. 2016, 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

COSTA, Arthur T. M.; OLIVEIRA JUNIOR, Almir. **Novos Padrões de Investigação Policial no Brasil**. In: Revista Sociedade e Estado, v. 31, n. 1, p. 147-164, jan./abril

2016. *Disponível em:*

<http://periodicos.unb.br/ojs311/index.php/sociedade/article/view/6083/5459>. Acesso em: 21 de outubro de 2018.

DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. **Cadeia de Custódia**: do local de crime ao trânsito em julgado, do vestígio à evidência. Revista dos Tribunais, ano 98, v. 883, p. 436-451, maio 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: BOEIRA, Nelson. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EDINGER, Carlos. **Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 24, v. 120, p. 237-257, maio/jun. 2016.

ESPINDULA, Alberi. **Perícia Criminal e Cível**: Uma visão geral para peritos e usuários da perícia. 4 ed., Campinas: Millennium, 2013.

FELIX, Yuri; ROSA, Alexandre Moraes. **Novas Tecnologias de Prova no Processo Penal**: O DNA na delação premiada. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. **Comentários ao Código de Processo Penal e Sua Jurisprudência**. 10 ed., São Paulo: Atlas, 2018.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 11 ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no Processo Penal**. 10 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KHALED JR. Salah H. **A busca da Verdade no Processo Penal Para Além da Ambição Inquisitorial**. 2 ed., Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 4 ed., Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR., Aury. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. 3 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1.

LOPES JR, Aury Lopes; ROSA, Alexandre Morais. **A Importância da Cadeia de Custódia para Preservar a Prova Penal**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>. Acesso em: 04 de julho de 2018.

LOPES, Fábio Motta. **Os Direitos de Informação e de Defesa na Investigação Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MAGALHÃES, Assusete. **Quebra de Sigilo de Dados e das Comunicações Telefônicas: O dever estatal de preservação da fonte da prova**. Superior Tribunal de Justiça: Doutrina, Brasília, p. 505-534, edição especial, 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/70/3811>. Acesso em: 08 de janeiro de 2019.

MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal I: Fundamentos**. 2 ed., Buenos Aires: Editores Del Puerto, v. 1, 2004.

MARINHO, Girlei Veloso. **Cadeia de Custódia da Prova Pericial**. 2011, 110 f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, 2011.

MARQUES, José Frederico. **Estudos de Direito Processual Penal**. 2 ed., atual., Campinas: Millennium, 2001.

MARTINS, Charles Emil *et. al.* **Investigação Criminal pelo Ministério Público: Comentários à resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público**. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed., atual., São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18 ed., São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Ana Luisa Zago. **Prova Penal: da semiótica à importância da cadeia de custódia**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 25, v. 132, p. 117-138, junho 2017.

MORAES, Rafael Francisco M.; PIMENTEL JÚNIOR, Jaime. **Polícia Judiciária e a Atuação da Defesa na Investigação Criminal**. 2 ed., Salvador: JusPodivm, 2018.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de Processo Penal**. Barueri: Manole, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 15 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22 ed., São Paulo: Atlas, 2018.

PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistemas de Controles Epistêmicos: A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO, Geraldo. **Ainda Sobre a “Quebra da Cadeia de Custódia das Provas”**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 22, nº 262, p. 16-17, set. 2014.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo: O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 26 ed., rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2018.

RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: Visão crítica**. 5 ed., São Paulo: Atlas, 2016.

SANTIN, Valter Foletto. **O Ministério Público na Investigação Criminal**. São Paulo: Edipro, 2001.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SOUSA FILHO, Ademar Borges. **A Exigência de Formalização dos Atos Investigatórios no Brasil**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 23, nº 266, p. 10-11, jan. 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 33 ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011.