

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO**

EDUARDA CANDIDO ZAPPONI

**PROVAS NO PROCESSO PENAL: AMPLA DEFESA,
CONTRADITÓRIO, PRESERVAÇÃO DAS FONTES E DA CADEIA DE
CUSTÓDIA DA PROVA**

BRASÍLIA - DF

2019

EDUARDA CANDIDO ZAPPONI

**PROVAS NO PROCESSO PENAL: AMPLA DEFESA,
CONTRADITÓRIO, PRESERVAÇÃO DAS FONTES E DA CADEIA DE
CUSTÓDIA DA PROVA**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de bacharel em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho

BRASÍLIA

2019

EDUARDA CANDIDO ZAPPONI

**PROVAS NO PROCESSO PENAL: AMPLA DEFESA,
CONTRADITÓRIO, PRESERVAÇÃO DAS FONTES E DA CADEIA DE
CUSTÓDIA DA PROVA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Ney de Barros Bello Filho
Orientador

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Membro da Banca Examinadora

Vallisney de Souza Oliveira
Membro da Banca Examinadora

Thiago Turbay Freiria
Membro suplente da Banca Examinadora

Brasília, 09 de dezembro de 2019

-

Dedico este trabalho à minha mãe, Valdirene,
por todas as razões.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, pois me fez forte e corajosa, me permitindo trilhar o caminho até aqui e superar as dificuldades.

À minha mãe, Valdirene, que mesmo a milhares de quilômetros de distância e em meio a provações diárias conseguiu me dar apoio e amor incondicionais.

Ao meu irmão, Ravi, por dividir as dificuldades da vida comigo e deixá-la sempre mais leve e divertida.

À minha avó Neuza, cuja trajetória acadêmica e profissional tanto me inspiram.

À Anna Luiza, por ser a irmã que a vida me deu. À Juliana e Vitória, pela amizade ao longo desses cinco anos e pelo apoio durante a escrita desse texto.

Ao Célio, por me apresentar os primeiros autores relevantes de processo penal e me incentivar a estudá-los.

Preciso também agradecer à Universidade de Brasília, lugar em que tanto almejei estar e onde me foi permitido florescer como aluna mas, sobretudo, como pessoa.

Agradeço imensamente ao meu orientador, Professor Ney Bello, pelos conselhos e por dispor de seu tempo para me ajudar a concretizar este trabalho. Também aos membros da banca, por me darem a honra de lhes apresentar este trabalho e por enobrecerem este momento da minha trajetória.

Não posso deixar de agradecer também ao Boaventura e Turbay Advogados, minha segunda casa neste último ano, lugar em que fui encorajada a ampliar os estudos da doutrina processual penal e no qual surgiu o interesse pelo tema deste trabalho.

RESUMO

A partir de uma análise dos direitos fundamentais relacionados à prova no processo penal, discute-se, no presente trabalho, a adequação constitucional dos procedimentos ligados à obtenção, admissibilidade e valoração da prova no processo. Nesse contexto, com fundamento nas exigências e limitações impostas ao direito à prova, é feita uma análise do procedimento probatório ligado a métodos ocultos de investigação, especificamente com relação à medida cautelar de interceptação telefônica.

Palavras-chave: processo penal; constitucionalização; cadeia de custódia; métodos ocultos de investigação.

ABSTRACT

Based on an analysis of the fundamental rights related to evidence in criminal proceedings, this paper discusses the constitutional conformation of procedures related to obtainment, admissibility and valuation of evidence in proceedings. In this context, based on the requirements and limitations imposed on the right to produce evidence, an analysis of the probative procedure linked to secretive investigation methods is made, specifically in relation to the precautionary measure of telephone communications interception.

Keywords: criminal procedure; constitutionalization; chain of custody; secretive investigation methods.

SUMÁRIO

Capítulo I. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL

1. Conformação constitucional do processo penal
2. Garantias constitucionais relacionadas à atividade probatória
 - 2.1. Vedação a provas ilícitas
 - 2.2. Presunção de inocência
 - 2.3. Contraditório
 - 2.4. Ampla defesa
 - 2.5. Devido processo legal

Capítulo II. CONTROLE DE ADMISSIBILIDADE DA PROVA

1. Terminologia aplicável à prova
 - 1.1. Elementos e fontes de prova
 - 1.2. Meios de prova e meios de obtenção de prova
 - 1.3. Provas cautelares, antecipadas e não repetíveis
2. Prática probatória e direito de defesa
 - 2.1. Contraditório como mecanismo de controle da fiabilidade probatória
 - 2.2. Inadmissibilidade dos elementos de prova: fiabilidade como pressuposto
 - 2.3. Quebra da cadeia de custódia
 - 2.4. Argumentação jurídica sobre a prova

Capítulo III. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E CADEIA DE CUSTÓDIA

1. Natureza jurídica da medida: método oculto de investigação
2. O controle de legalidade exercido sobre a execução das medidas cautelares
3. Interceptação telefônica e o riscos que derivam da quebra da cadeia de custódia
 - 3.1. Perspectiva jurisprudencial

INTRODUÇÃO

O tema das provas é, intuitivamente, um dos mais importantes no âmbito do processo penal. Neste trabalho, a partir da ideia de constitucionalização do direito processual penal, discutem-se os requisitos e exigências inerentes à obtenção, preservação, admissão e valoração das provas no processo, a partir de uma visão questionadora da prática probatória desenvolvida pelos órgãos de persecução penal, bem como dos critérios de admissibilidade e da argumentação empregada na valoração das provas pelo juiz.

Partindo-se da premissa de que o processo penal deve observar as regras do devido processo legal, relacionado diretamente às garantias do contraditório e da ampla defesa e sob a égide da presunção de inocência, toda a prática probatória - aqui tratada como o caminho percorrido desde a obtenção da prova até sua valoração final no processo - deve seguir uma lógica de submissão à essas garantias.

Diante da complexidade da matéria probatória, fez-se necessário distinguir as diversas terminologias da palavra “prova” enquanto vocábulo pertencente ao mundo jurídico, em face da multiplicidade de sentidos a ela atribuídos; sem a pretensão, contudo, de esgotar a análise da polissemia da palavra.

Nesse contexto, buscou-se esclarecer, inicialmente, que o exercício do contraditório sobre os elementos probatórios coligidos durante a investigação criminal é essencial para controlar a fiabilidade destes, permitindo-se o rastreamento das fontes de prova e a averiguação da sua mesmidade.

Ato contínuo, procurou demonstrar-se que a fiabilidade é pressuposto para que o elemento de prova ingresse no processo, pois apenas o exame desta - por meio do contraditório - pode elidir a suspeita inerente ao elemento que foi colhido sem controle pelas partes e à distância da fiscalização judicial, na clausura inquisitorial, a qual tem se mostrado terreno fértil para a prática de abusos e ilegalidades pelos agente de repressão estatal.

Logo, determinado elemento só poderá ser considerado admissível após a devida averiguação deste quanto à suas condições de servir como objeto de convencimento judicial, o que não se confunde com o juízo valorativo em si.

Nesse contexto, buscou-se demonstrar que o fim que se busca com a investigação criminal - levar elementos de prova para o processo - poderá ser atingido de forma idônea por

meio da adoção de um sistema de controles epistêmicos, com mecanismos que visem a preservação das fontes de prova, tal como a cadeia de custódia.

Com efeito, a documentação do caminho percorrido pelos elementos probatórios por intermédio da cadeia de custódia é mecanismo eficaz para garantir que as provas levadas ao processo não foram manipuladas, circunstância que viabiliza o exercício do contraditório e do direito de defesa pelas partes, que, possuindo acesso ao material probatório, poderão constatar sua fiabilidade.

Analisou-se, também, a etapa de valoração das provas judiciais por meio de decisões, destacando-se a necessidade de que estas contenham a fundamentação, motivação e argumentação adequadas, contemplando um raciocínio probatório que leve, racionalmente, à fixação de premissas fáticas com relação às provas constantes de um processo.

Destacou-se a maior preocupação do controle da prática probatória desenvolvida pelos órgãos de repressão estatal quando utilizados métodos ocultos de investigação, tal como a interceptação telefônica, na descoberta de crimes que não poderiam ser investigados por outros meios.

Ressaltou-se a necessidade da criação de mecanismos que possibilitem o exercício do controle judicial sobre essas medidas não só na fase de autorização - já prevista na cláusula de reserva de jurisdição -, mas também durante a execução das medidas, eis que dela decorrem as maiores violações ao regime de limitações dos direitos fundamentais.

Por fim, foram analisados os riscos que decorrem da quebra da cadeia de custódia - um dos mecanismos mencionados e que são passíveis de implementação - da medida cautelar de interceptação telefônica, com breve menção à precedente jurisprudencial que inaugurou o tema da cadeia de custódia da prova e da necessidade de preservação das fontes de prova no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Ao longo do trabalho foi utilizada pesquisa bibliográfica, com o uso da doutrina processual penal, teses e dissertações, bem como a pesquisa documental, consubstanciada na análise de jurisprudência e legislação existentes.

CAPÍTULO I. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL

1. Conformação constitucional do direito processual penal

Com o advento da Constituição da República de 1988, a norma processual penal brasileira adquiriu novos contornos dogmáticos, mormente no que diz respeito ao modo e regra de tratamento dispensados àqueles que são submetidos à persecução penal. Nasceu, junto com a nova carta política, uma nova perspectiva sobre os direitos e garantias do acusado, que, de mero objeto da persecução estatal, passou a ser visto como sujeito de direitos.

O Código de Processo Penal brasileiro atual - ao menos quanto à sua vigência - foi elaborado nos idos de 1941, circunstância que, por si só, denota suas bases autoritárias, bem como a profunda necessidade de conformá-lo às garantias inseridas na relativamente nova carta constitucional vigente.

Conforme adverte Aury Lopes Jr.: “o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição”¹. Assim, a estruturação de um processo penal constitucional tem passado pela superação do processo como mero veículo de aplicação da lei penal para se transformar em um instrumento de garantia do indivíduo frente ao poder do Estado.²

Ainda segundo o autor mencionado, a Constituição deve servir de paradigma de leitura do processo penal contemporâneo, o qual, a partir dessa nova perspectiva, deve ser visualizado como “instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo”.³

Acerca da importância da conformação da prática processual penal ao sistema constitucional de garantias, Geraldo Prado ressalta que:

“As garantias do processo penal são, relativamente às liberdades públicas afetadas pela persecução penal, garantias materiais dos direitos fundamentais. O estado de direito, portanto, revela-se o lugar por excelência de aferição da compatibilidade entre os direitos individuais em tese vigentes e as práticas coercitivas que de forma

¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.70.

² DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 22ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 24.

³ LOPES JR., Aury, op.cit., p.70.

monopolística estão em mãos dos agentes que atuam nos aparelhos repressivos estatais.”⁴

Nesse contexto, o reconhecimento da necessidade de limitação do poder do Estado em face da fragilidade daquele que se pretende tutelar resultou na criação e reforço de normas garantidoras de direitos fundamentais, sob o ponto de vista de que a posição do acusado é de desvantagem quando submetido à persecução penal, haja vista a disparidade entre os poderes de intervenção dos quais são dotados defesa e acusação.

Sobre essa situação de fragilidade do acusado frente ao poder do Estado, Aury Lopes Jr. esclarece que:

“Essa debilidade sempre existirá e não tem absolutamente nenhuma relação com as condições econômicas ou sociopolíticas do imputado, senão que decorre do lugar em que ele é chamado a ocupar nas relações de poder estabelecidas no ritual judiciário (pois é ele o sujeito passivo, ou seja, aquele sobre quem recaem os diferentes constrangimentos e limitações impostos pelo poder estatal. Essa é a instrumentalidade constitucional que a nossa juízo funda a sua existência.”⁵

Com efeito, o processo de transformação do modo de interpretar o diploma processual penal não ocorreu de forma célere; em verdade, vem ocorrendo até os dias de hoje, sobretudo pois, na ausência de novel legislação, a adaptação ao paradigma atual, pós Constituição, vem sendo feita pelo Poder Judiciário em contínua construção jurisprudencial, a partir de uma releitura dos dispositivos do antigo Código à luz das normas constitucionais⁶.

A compreensão das normas processuais penais sob o viés dos postulados democráticos e garantidores insculpidos na Constituição tem progredido com alguns reveses, mas, gradativamente, tem sido possível observar a irradiação de garantias constitucionais sobre cada ato que integra o rito processual penal.

Contudo, é certo que o rito processual, tal como colocado em prática na atualidade, encontra-se ainda distante de um processo penal plenamente constitucional. Por outro lado, a percepção das garantias processuais penais como verdadeiro filtro de atuação tem obtido maior aderência conforme a ordem democrática perpetua-se em nosso país.

⁴ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 16.

⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

⁶ Ibidem, p. 68-69.

2. Garantias constitucionais relacionadas à atividade probatória

2.1. Vedação a provas ilícitas

Conforme dispõe o artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidos por meios ilícitos.” Seguindo a distinção proposta pela professora Ada Pellegrini Grinover que, com base em Pietro Nuvolone, considera ilegais as provas contrárias à lei, temos duas categorias: as provas ilegítimas e as ilícitas.⁷

Assim, são consideradas ilícitas as provas obtidas com violação a normas de direito material ou de garantias constitucionais, e ilegítima a prova colhida com violação a regras de direito processual.

Todavia, conforme afirma Badaró⁸, a reforma do Código de Processo Penal de 2008 não adotou os conceitos até então fixados pela doutrina e jurisprudência para definir e distinguir provas ilícitas e ilegítimas, uma vez que o art. 157 do referido diploma passou a ter a seguinte redação: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”

Nessa toada, o referido autor explica que, em que pese a importância da distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, sobretudo com relação quanto ao momento de produção do meio de prova ou quanto à sanção aplicável, o juízo de valoração de ambas deve ser o mesmo. Dito de outro modo: o juiz não poderá valorar provas ilícitas nem ilegítimas.

Com base nas lições de Tereza Armenta Deu⁹, o autor destaca a existência de uma inclinação geral em limitar a ideia de prova ilícita aos casos de violação de normas constitucionais, como uma forma de se fazer observar, ao menos, esses direitos.

Por derradeiro, o autor pontua que:

“Por certo, entre os direitos constitucionais cuja violação caracteriza uma prova ilícita, devem ser incluídos os direitos processuais, em especial as garantias constitucionais dos acusados, que integram o devido processo legal: juiz natural, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, motivação, publicidade, etc..

⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 323.

⁸ Ibidem, p. 323-324.

⁹ Ibidem, p. 325.

Em suma, podem ser definidas como provas ilícitas as provas obtidas, admitidas ou produzidas com violação das garantias constitucionais, sejam as que asseguram liberdades públicas, sejam as que estabelecem garantias processuais.”¹⁰

Noutro giro, a consequência que decorre do ingresso indevido da prova ilícita no processo, nos casos em que a ilicitude é constatada após o juízo de admissibilidade probatório, é o desentranhamento, visto que as provas ilícitas, assim consideradas pela Constituição e, posteriormente, pela lei, como inadmissíveis, tratam-se de ato juridicamente inexistente, um verdadeiro não ato ou não prova, circunstância que denota sua completa ineficácia.¹¹

2.2. Presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência, por vezes nomeado como princípio da não culpabilidade¹², encontra arrimo no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o qual dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Tal princípio irradia sobre todos os âmbitos da persecução penal, pois traduz-se tanto em regra de tratamento favorável ao réu quanto em regra probatória, as quais devem orientar o comportamento dos agentes estatais durante o procedimento de verificação dos fatos.

Ocorre que, conforme afirma Américo Bedê Jr., nos dias atuais, o referido princípio é alvo de constantes violações, sobretudo por parte da sociedade, que estigmatiza o indivíduo de forma automática pela mera condição de réu.¹³ Aury Lopes Jr. é preciso ao afirmar que o processo penal contemporâneo ainda significa um “etiquetamento com clara estigmatização social”.¹⁴

¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique, op.cit., p.325.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.137-138.

¹² De acordo com Badaró, “não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias - se é que isso é possível -, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.14)

¹³ BEDÊ JR., Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 66.

¹⁴ LOPES JR., Aury. op.cit., 2012, p.81.

Com efeito, a regra de tratamento relativa à presunção de inocência é responsável, no âmbito do processo em si, em fundar o estado original de incerteza¹⁵ sobre o qual será construída a narrativa das partes e que, conseqüentemente, deverá servir como filtro na interpretação da atividade desenvolvida ao longo da persecução penal.

Por outro lado, por força da regra probatória, todos os ônus da prova devem recair exclusivamente sobre a acusação, que deverá demonstrar a culpabilidade do acusado (autoria), a existência dos fatos (materialidade), seguindo os parâmetros da legalidade estabelecidos pelo devido processo legal e não exigindo a colaboração do acusado - em face do seu direito à não auto-incriminação¹⁶.

Em suma, o direito fundamental à presunção de inocência pode ser definido “como o direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).”¹⁷

2.3. Contraditório e ampla defesa

Os princípios da ampla defesa e contraditório, insculpidos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal¹⁸, estão, segundo o magistério de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Filho e Scarance Fernandes, “indissoluvelmente 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”¹⁹.

Esses princípios garantidores ganham especial relevância no processo penal, uma vez que o direito em jogo se trata nada menos do que a própria liberdade do indivíduo. Não é por outra razão que, segundo Scarance Fernandes, a Constituição não garantiu ao acusado o mero

¹⁵ PRADO, Geraldo. A quebra de cadeia de custódia no processo penal brasileiro. In: GIACOMOLLI, Nereu José; PRADO, Geraldo; SILVEIRA, Edson Damas; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Prova Penal - Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Empório do Direito, 2015, p. 16.

¹⁶ DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodvm, 2017, p.44.

¹⁷ *Ibidem*, p. 43.

¹⁸ Constituição Federal, art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance, *op.cit.*, p. 69.

exercício de defesa, mas assegurou-lhe mais, uma defesa sem limitações, que não encontra as eventuais restrições impostas ao órgão de acusação - a ampla defesa.²⁰

A garantia do exercício da ampla defesa abrange o direito à defesa técnica, materializado na atuação do advogado com capacidade postulatória, que deve ser plena, efetiva e indeclinável, não sendo possível ser processado sem advogado; e à autodefesa, exercida pelo próprio acusado, de maneira positiva - por meio do interrogatório e da participação nos atos do processo - ou negativa - por meio do direito à não auto-incriminação.²¹

Conquanto estejam intimamente ligados, contraditório e direito de defesa são direitos fundamentais distintos, na medida em que é possível violar um sem violar o outro, sendo as nulidades provenientes da violação de cada um desses direitos também distintas. Sem embargos, eventual cerceamento de defesa nem sempre importa violação ao contraditório e embora o contrário seja possível, é excepcional, uma vez que, em regra, a não participação limita o direito de defesa.

Nesse contexto, o contraditório - do qual usualmente depende o exercício pleno do direito de defesa - consubstancia-se, de forma sintética, em duas vertentes: conhecimento e reação. Dito de outro modo, o acusado tem direito de conhecer a imputação feita em seu desfavor, em todas as suas nuances, bem como o direito de participar, resistindo à formação da pretensão acusatória.²²

Hodiernamente, muito se fala no princípio do contraditório como a garantia de uma estrutura dialética, segundo a qual o acusado tem o direito de contestar e contrapor as interpretações dos fatos feitas pelo órgão acusatório, bem como se pronunciar acerca de todos os elementos de informação colhidos na fase inquisitorial - contraditório diferido ou sobre a prova - e sobre as provas produzidas - também chamado de contraditório real ou para a prova.

No ponto, essa possibilidade de refutação se faz indispensável à materialização de um processo penal que tem como condição de validade a verificação dos fatos. Entretanto, a amplitude desse direito de refutar, contrariar, contraditar e se opor depende, por óbvio, da extensão do conhecimento do qual a parte é dotado.

Em outras palavras, a possibilidade de reação que é dada à parte depende do grau de conhecimento do qual esta dispõe. Faz sentido lembrar a posição do italiano Elio Fazzalari,

²⁰ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012, p.57

²¹ DE LIMA, Renato Brasileiro, op.cit., p.54.

²² LOPES JR., Aury. op.cit., 2012, p.117.

citado por Brasileiro, segundo a qual garantir o contraditório trata-se igualmente de garantir a igualdade de tratamento entre as partes, uma vez que se mostra inócuo oportunizar o pronunciamento à parte, sem garantir-lhe os meios para contrariar e se opor de forma efetiva.²³

Em outras palavras, o exercício pleno do contraditório somente será possível quando ao acusado for oportunizado o acesso a todos os elementos de informação produzidos desde os primórdios da investigação criminal em seu desfavor, dado que somente assim esses elementos terão sua legalidade e validade avaliados.

Por esse motivo, o direito à informação, antes de mais nada, funciona como consectário lógico do contraditório²⁴, na medida em que a manifestação legítima de eventual contrariedade pela defesa somente terá completude quando esta for cientificada de todos os elementos informativos e provas existentes, em sua integralidade.

Tangencia o ponto central do presente trabalho a já mencionada distinção entre os momentos de exercício do contraditório: se diferido ou real. Pertinente é a lição do professor Renato Brasileiro:

“O contraditório para a prova (ou contraditório real) demanda que as partes atuem na própria formação do elemento de prova, sendo indispensável que sua produção se dê na presença do órgão julgador e das partes. É o que acontece com a prova testemunhal colhida em juízo, onde não há qualquer razão cautelar a justificar a não intervenção das partes quando de sua produção, sendo obrigatória, pois, a observância do contraditório para a realização da prova.

O contraditório sobre a prova, também conhecido como contraditório diferido ou postergado, traduz-se no reconhecimento da atuação do contraditório após a formação da prova. Em outras palavras, a observância do contraditório é feita posteriormente, dando-se oportunidade ao acusado e a seu defensor de, no curso do processo, contestar a providência cautelar, ou de combater a prova pericial feita no curso do inquérito. É o que acontece, por exemplo, com uma interceptação telefônica judicialmente autorizada no curso das investigações. Nessa hipótese, não faz sentido algum querer intimar previamente o investigado para acompanhar os atos investigatórios. Enquanto a interceptação estiver em curso, não há falar, portanto, em contraditório real. Porém, uma vez finda a diligência, juntado aos autos o laudo de degravação e o resumo das operações realizadas (Lei nº 9.296/96, art. 6º), deles se dará vista à Defesa, a fim de que tenha ciência das informações obtidas através do referido procedimento investigatório, preservando-se, assim, o contraditório e a ampla defesa. Nesse caso, não há falar em violação à garantia da bilateralidade da audiência, porquanto o exercício do contraditório será apenas diferido para momento ulterior à decisão judicial.”²⁵ (grifos no original)

²³ DE LIMA, Renato Brasileiro, op.cit.,p.52.

²⁴ Ibidem, p.51.

²⁵ Ibidem, p.53-54.

Salientar a existência das duas modalidades de contraditório supramencionadas se faz necessário para esclarecer que, mesmo que o sistema acusatório não pressuponha a existência de contraditório na fase investigatória, há um controle de legalidade no ingresso da prova no âmbito do processo.

Em outras palavras, a observância do contraditório sobre a prova - ou diferido - supre a deficiência de conhecimento até então suportada pela defesa, uma vez que, até o fim da investigação, o que vigora é o ingresso unilateral das informações.

2.5. Devido processo legal

O devido processo legal, princípio positivado no art. 5º, inciso LIV, da Constituição, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, possui um aspecto dúplice, podendo ser interpretado segundo uma perspectiva procedimental ou substancial.²⁶

Segundo a primeira, o devido processo legal consubstancia-se na exigência de observância de normas pré estabelecidas para o julgamento de um determinado caso; de acordo com a segunda, a exigência é de que essas regras obedeçam o princípio da razoabilidade.

De acordo com Badaró, o devido processo legal é um princípio síntese, que “engloba os demais princípios e garantias processuais assegurados constitucionalmente”²⁷; na seara penal, a observância das condições impostas pelo devido processo legal são pressuposto de legitimidade do exercício do poder punitivo pelo Estado, bem como de validade da sanção imposta, de maneira que a violação aos demais princípios implica violação ao princípio síntese.

Dentre essas condições, em um modelo acusatório, deve estar incluída a garantia de um processo com ritos e formar pré-determinados para os atos processuais, de forma a impor limites à atividade instrutória, sendo considerados válidos apenas os atos praticados em conformidade com normas pré-estabelecidas.

No âmbito probatório, tal princípio destaca-se no estabelecimento de um rito, que por certo não constitui um formalismo supérfluo, mas um propósito ético a ser visado, um verdadeiro instrumento de garantia para os indivíduos, uma vez que, se a finalidade do processo

²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique, op.cit., p.29.

²⁷ Ibidem.

penal constitucional não é aplicar a pena de qualquer modo, a verificação dos fatos e produção das provas deve respeitar uma liturgia probatória baseada no respeito aos direitos fundamentais.

Capítulo II. CONTROLE DE ADMISSIBILIDADE DA PROVA NO PROCESSO PENAL

1. Terminologia aplicável à prova

Em um processo penal regido pelo princípio da presunção de inocência, a disciplina do direito probatório adquire especial relevância, na medida em que a superação do estado de inocência e a formulação de uma decisão justa pressupõe a correta verificação dos fatos.

A fim de alcançar maior precisão semântica, se faz necessário reconhecer a polissemia da palavra “prova” e distinguir as variadas terminologias utilizadas em decisões judiciais e pelo Código de Processo Penal antes de adentrar a análise sobre a prática probatória em si.

Para tanto, servimo-nos das lições de Antônio Magalhães Gomes Filho, para quem o vocábulo prova traduzia as ideias de aprovação, confiança e correção; em suma, de conhecimento verdadeiro. Para o referido autor, a expressão prova poderia significar demonstração, quando tiver por objetivo estabelecer a verdade sobre determinado fato; experimentação, quando exprimir um procedimento destinado a verificar a correção de uma hipótese; e desafio, quando retratar um obstáculo no reconhecimento de certas qualidades.²⁸

Mesmo na linguagem processual, essas três diferentes acepções do vocábulo prova podem ter significados diferentes. Com o primeiro sentido de demonstração, considera-se um enunciado como verdadeiro quando amparado por dados de conhecimento idôneos, é dizer, considera-se provado o enunciado, demonstrada a sua veracidade.²⁹

Atinente ao significado de experimentação, é possível localizar a acepção da palavra prova na atividade instrutória. Salienta o autor que não se trata do mesmo tipo de procedimento utilizado no âmbito das ciências experimentais, mas uma atividade destinada a confirmar ou refutar asserções das partes sobre os fatos. Ainda, com relação à acepção desafio da palavra prova, pode-se identificar esse tipo de encargo na atribuição dos ônus da prova.³⁰

²⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro) In: YARSHELL, Flávio Luís; MORAES, Maurício Zanoide (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. 1ª ed. São Paulo: DPJ, 2005, p.305.

²⁹ Ibidem, p. 306.

³⁰ Ibidem.

Nesse contexto, não se faz despidendo delimitar os significados múltiplos que o vocábulo prova assume no processo penal, sobretudo pois diferenciá-los significa traçar limite para a atuação das partes, bem como individualizá-los quanto à qualidade e valor.

1.1. Elemento e fontes de prova

Em consenso com a lição de Gomes Filho, Badaró afirma que elemento de prova é “o dado bruto que se extrai da fonte de prova, ainda não valorado pelo juiz”³¹, podendo-se afirmar que são “esses dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa.”³²

Assim, são considerados elementos de prova o conteúdo de um documento, as declarações prestadas por uma pessoa, o laudo final de uma perícia, entre outros.

Ainda de acordo com o autor, fonte de prova é “tudo que é idôneo a fornecer resultado apreciável para a decisão do juiz”³³. Em regra, as fontes de prova são objetos ou pessoas (testemunhas, peritos) e dependem de um meio de prova para seu ingresso no processo.

1.2. Meios de prova e meios de obtenção de prova

Relativamente aos meios de prova, o autor mencionado afirma que são “instrumentos com os quais se leva ao processo um elemento útil para a decisão”³⁴. Em regra e à exceção das provas pré-constituídas, devem ser produzidos em juízo, sob o manto do contraditório.

Acerca da diferença entre meios de prova e meios de obtenção de prova, não é despidendo salientar que se trata de uma importante distinção adotada pela doutrina mais moderna, uma vez que, enquanto os meios de prova servem diretamente ao convencimento do julgador, os meios de obtenção de prova destinam-se tão somente ao convencimento indireto, por se tratarem de mero instrumento para colheita de elementos ou fontes de prova.

Essa distinção é adotada, inclusive, pelo novo Projeto do Código de Processo Penal brasileiro³⁵, que em seu Capítulo III discorre sobre os meios de obtenção de prova, dentre eles:

³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique, op.cit., p. 315.

³² GOMES FILHO, Antônio Magalhães, op.cit., p. 307.

³³ BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit., p. 315.

³⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit., p. 315.

³⁵ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado. PLS nº 156/2009. Redação final do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009 que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Penal. Disponível em:

(i) busca e apreensão, (ii) acesso a informações sigilosas e (iii) interceptação das comunicações telefônicas.

Ademais, os meios de obtenção de prova, em regra, implicam em restrição a direitos fundamentais do investigado e dependem do elemento surpresa para que tenham sucesso, motivos pelos quais se tornam terreno fértil para a prática de ilegalidades de difícil detecção posterior por parte do acusado e de sua defesa, conforme se verá adiante. São exemplos de meios de obtenção de prova as buscas e apreensões, as interceptações telefônicas, etc.

Além disso, a distinção terminológica serve ao propósito de identificar qual será a consequência jurídica aplicável quando forem verificadas irregularidades: no meio de prova, eventual vício acarretará a nulidade dos elementos, enquanto no meio de obtenção de provas, eventual irregularidade causará a inadmissibilidade da prova no processo.

1.3. Provas cautelares, antecipadas e não repetíveis

Outra importante distinção terminológica trata da diferença de denominação relativa às provas que, por características a elas inerentes, podem ser valoradas em juízo ainda que produzidas na fase investigatória ou em momento processual distinto daquele previsto legalmente. Trata-se das provas cautelares, antecipadas e não repetíveis.

As provas cautelares caracterizam-se pelo risco que há no desaparecimento do objeto da prova com o transcurso do tempo, bem como pelo conhecimento postergado da parte. Podem ter lugar durante a investigação criminal ou durante o processo. É o que ocorre, por exemplo, em uma interceptação telefônica, na qual o desconhecimento da medida pelo acusado é elemento essencial para o sucesso desta, motivo pelo qual o conteúdo da prova obtida somente será submetida ao conhecimento das partes após a conclusão das diligências, por meio do contraditório diferido.

Já as provas antecipadas demandam autorização judicial e são produzidas sob contraditório real, mas que, em face de situação de relevância e urgência, devem ser produzidas em momento processual distinto daquele previsto em lei. De maneira distinta das provas cautelares, a parte deve ter ciência de que a prova será produzida, bem como tem o direito de exercer o contraditório sobre a prova, participando diretamente de sua produção.

<<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4575260&ts=1571775883184&disposition=inline>>. Acesso em 27 out.

As provas não repetíveis são aquelas que não podem ser novamente produzidas em face do desaparecimento ou destruição da fonte de prova. Independem de autorização judicial, podendo ser produzidas na investigação ou na instrução criminal.

Assim como ocorre nas provas cautelares, as provas não repetíveis têm seu ingresso no processo condicionado ao exercício do contraditório diferido, quando as partes irão avaliar a admissibilidade, regularidade e idoneidade da prova.³⁶

2. Prática probatória e direito de defesa (*dispositivo probatório e sistema de controles epistêmicos*)

2.1. Contraditório como mecanismo de controle da fiabilidade probatória

Em um processo penal constitucional, o contraditório é visto como um direito fundamental do indivíduo, na medida em que somente por meio dele poderá o acusado exercer, de forma plena, o direito à ampla defesa.

Nesse contexto, uma das vertentes do referido princípio é o conhecimento integral da acusação, incluídas nesse contexto as fontes de prova, uma vez que, conforme salienta Geraldo Prado, “o arco de informações submetidas ao contraditório no processo penal é amplo, portanto, e não está limitado ao conjunto de informações que a acusação (ou a Polícia) disponibilizam ao juízo e à defesa”³⁷.

Nas palavras de Luigi Ferrajoli, “a garantia da defesa consiste precisamente na institucionalização do poder de refutação da acusação por parte do acusado”³⁸, o qual somente é possível a partir do conhecimento não só da imputação, mas da totalidade dos elementos de informação colhidos durante a investigação e de suas fontes.

Para o referido autor,

“a defesa, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no contraditório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas.”³⁹

³⁶ DE LIMA, Renato Brasileiro, op.cit., p.585-586.

³⁷ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 66.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal**. 3ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 144.

³⁹ Ibidem, p. 490.

No ponto, o conjunto de elementos informativos que compõem o caderno investigativo pode diferir - e, na prática, usualmente difere - dos elementos utilizados pela acusação para delimitar a imputação, o que pode implicar na supressão e alteração de elementos informativos por parte daqueles que se utilizam de prática ilícitas na investigação.

Conforme adverte Geraldo Prado, “apenas inadvertidamente eventual autor de ilicitudes probatórias permitiria a chegada ao processo de traços das referidas ilicitudes.”⁴⁰ É, aliás, por esse motivo, que o autor considera justificada a adoção, no processo penal, de um rigoroso sistema de controles epistêmicos.⁴¹

Nesse sentido, apenas o conhecimento integral dos elementos de prova produzidos durante a investigação proporciona à defesa a possibilidade de rastrear a legalidade da atividade persecutória e realizar juízo de valor sobre a imputação, preparando-se para refutá-la ou produzir contraprova.⁴²

De igual modo, ressalta que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao contemplar a matéria, fixou elementos que devem ser observados por um processo penal coerente com o modelo acusatório:

- “a) o direito ao juiz ordinário preordenado pela lei, independente e imparcial, em um processo com as garantias;
- b) da publicidade;
- c) da presunção de inocência;
- d) conhecimento da acusação, com a ciência dos meios e fontes de prova existentes;
- e) a tutela contra a autoincriminação compulsória;
- f) o direito à paridade de armas;
- g) à audiência;
- h) à prova e à inquirição de testemunhas;
- i) e a conhecer as razões do tribunal e ao processo em prazo razoável.”⁴³

⁴⁰ PRADO, Geraldo, op.cit., 2019, p. 99.

⁴¹ PRADO, Geraldo, op.cit., 2014, p. 43.

⁴² PRADO, Geraldo. op.cit., 2019, p. 65.

⁴³ GARCÍA, Javier Hernández. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho a un proceso penal equitativo in: Derecho Penal Europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos. Estudios de Derecho Judicial 155 2009. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 309-372 *Apud* PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 47.

Com efeito, para além do controle que deve ser exercido pelo órgão jurisdicional sobre a licitude de determinada prova - observado seu modo de obtenção -, a verificação da fiabilidade da prova se submete à análise dos caminhos percorridos por quem obteve o elemento probatório, bem como do modo de conservação daquele.

Salienta Michele Taruffo:

“Um procedimento epistêmico válido requer que a determinação ou a criação dos elementos de conhecimento e das informações necessárias para a formulação de conclusões confiáveis sejam conhecidos e verificáveis, além de - quando possível - repetíveis. Um historiador que não revela as fontes de informação que utilizou, ou um cientista que não explica o procedimento que seguiu para chegar à sua descoberta certamente não produzirá conhecimentos merecedores de consideração.”⁴⁴

Dito de outro modo, ainda que um elemento probatório seja, *a priori*, lícito - é dizer, obtido licitamente - remanesce a dúvida acerca da sua fiabilidade, que só poderá ser sanada a partir da disponibilização para a defesa de todos os elementos obtidos ao longo da investigação criminal, os quais demonstrarão - ou não -⁴⁵ a correção do procedimento de obtenção e preservação dos elementos probatórios.⁴⁶

Ao tratar da autenticidade como premissa da fiabilidade probatória, Geraldo Prado sublinha dois princípios que devem reger essa análise: mesmidade e desconfiança. O primeiro implica na tomada de cuidados na formação e preservação da prova, a fim de que “‘o mesmo’ que se encontrou na cena [do crime] é o ‘mesmo’ que se está utilizando para tomar a decisão judicial”; o segundo, na constatação de que não existem confianças pré-estabelecidas e, portanto, se a prova não foi produzida em contraditório judicial, há que dela se desconfiar.⁴⁷

Em suma, adverte o autor que é essencial que a defesa tenha acesso às fontes de prova e aos elementos produzidos durante a investigação, uma vez que o exercício do contraditório nesses termos é ferramenta idônea no combate à acusações infundadas e baseadas em provas obtidas ilicitamente.

2.2. Inadmissibilidade dos elementos de prova: fiabilidade como pressuposto

⁴⁴ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. 1ªed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 180.

⁴⁵ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 95

⁴⁶ *Ibidem*, p. 90

⁴⁷ *Ibidem*, p.95

A aferição acerca da admissibilidade da prova perpassa, portanto, não só a análise sobre como foi obtida - se lícita ou ilícitamente -, mas também sobre o processo de preservação dos elementos e da possibilidade de se rastrear suas fontes.

À saída, salienta-se que questionar a fiabilidade da prova não é o mesmo que averiguar o seu valor para o convencimento judicial; é dizer, saber se um elemento pode ser objeto de avaliação - se é idôneo para tanto - difere substancialmente de saber qual o valor que o juiz irá atribuir-lhe.⁴⁸

Segundo Geraldo Prado, a fiabilidade probatória “refere-se ao sistema de ingresso do elemento probatório no procedimento”⁴⁹. Não relaciona-se, portanto, com o valor que o elemento terá em termos de convencimento judicial, mas com as suas condições de ser objeto desse convencimento.

O autor destaca que, por questão de ordem lógica e cronológica, o exame acerca da fiabilidade probatória é anterior à sua valoração - e, portanto, determinação de sua (i)licitude -, dado que a análise acerca da possibilidade de submeter determinado elemento à valoração é, sobretudo, condição para o ingresso daquele no processo.⁵⁰

Nesse sentido, a mudança feita com a reforma do Código de Processo Penal brasileiro em 2008 se mostrou extremamente profícua no que se refere aos controles de entrada do elemento de prova no processo.

Dentre as alterações promovidas pela Lei nº 11.690/2008, significativa foi a alteração na estrutura do processo; um modelo com três etapas - investigação criminal, admissibilidade e processo - deu lugar ao que contemplava apenas as etapas de investigação e processo, passando a prever a etapa relativa à admissibilidade para todo os procedimentos penais.⁵¹

Da leitura dos artigos 369 e 369-A do Código de Processo Penal, depreende-se que o exame acerca da admissibilidade da acusação deve ocorrer em dois momentos: inicialmente, quando ao juiz é apresentada a inicial acusatória e lhe é facultado rejeitá-la liminarmente e, após a apresentação de resposta pelos acusados, quando ele poderá anular a decisão que recebeu a inicial, ratificá-la ou absolver sumariamente o acusado.

⁴⁸ PRADO, Geraldo, op. cit., 2019, p.88.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Ibidem

⁵¹ Ibidem, p.70

Nesse momento processual, além do exame acerca da justa causa para a deflagração do processo penal, consubstanciada na existência de um suporte probatório mínimo, cabe ao magistrado avaliar a legalidade da atividade preparatória desenvolvida no âmbito do inquérito policial, “indagando sobre a estrita legalidade da obtenção e preservação dos meios de prova, - isto é, da escrupulosa legalidade do acesso às fontes de prova e da manutenção destas fontes em condição de serem consultadas, oportunamente, pelas partes.”⁵²

Assim, é dever do magistrado não só fiscalizar a atividade relacionada aos meios de produção de prova, como também viabilizar esse controle pelas partes. No ponto, viabilizar o exercício do contraditório pela defesa permite ao Estado-Juiz exercer de modo mais firme o papel que lhe cabe de controlar a legalidade não só das práticas investigatórias em si, mas dos próprios elementos de informação.

Por fim, destaca o autor que a introdução de uma etapa destinada a avaliar e controlar a legalidade da investigação é essencial a um processo penal inserido na lógica acusatória, dado que no âmbito do processo passam a incidir de modo amplo todas as garantias do acusado, antes limitadas por “necessidades conjunturais”⁵³ da investigação. Ato contínuo, frisa que o acesso, pela defesa, unicamente ao material fornecido pela acusação é comumente ineficiente, sendo imperioso o conhecimento das fontes de prova, dado que apenas por negligência o acusador que cometeu ilegalidades na coleta de prova deixaria rastros destas acompanharem o conjunto probatório apresentado em juízo.⁵⁴

Dito de outro modo, o exercício do juízo de admissibilidade pelo julgador é necessário para garantir que todos os elementos que passaram a integrar o conjunto probatório no âmbito do processo são fiáveis - é dizer, podem ter suas fontes rastreadas e não foram manipulados, de forma que à defesa é facultado conhecê-los integralmente e, querendo, refutá-los.

Precisamente em razão da imprescindibilidade da defesa conhecer as fontes e elementos de prova é que exsurge a necessidade de observar a cadeia de custódia, mecanismo que estabelece um procedimento formal e regrado e que possibilita o rastreamento das fontes de prova e a validação dos elementos colhidos durante a investigação, em juízo.

2.3. Quebra da cadeia de custódia

⁵² PRADO, Geraldo, op.cit., 2014, p. 55.

⁵³ Ibidem, p. 47.

⁵⁴ Ibidem, p. 48.

O dispositivo da cadeia de custódia conecta-se com o conceito de fiabilidade probatória por ser um dos mecanismos que a assegura, motivo pelo qual a análise sobre sua integridade se mostra tão importante para a garantia constitucional contra as provas ilícitas. Segundo Geraldo Prado, a interpretação do conceito da cadeia de custódia deve partir de seu significado como um redutor de complexidade da garantia constitucional contra a prova ilícita.⁵⁵

Em que pese praticamente não existirem referências à cadeia de custódia na doutrina jurídica brasileira, esse dispositivo encontra arrimo na garantia constitucional do contraditório, na medida em que conhecer a acusação pressupõe saber como foram colhidos os elementos probatórios que dão sustentação à imputação, bem como na vedação contra as provas ilícitas, uma vez que apenas a possibilidade de rastrear a fonte originária de prova garante a identificação de eventual vínculo de uma prova aparentemente lícita com uma prova ilícita.⁵⁶

O autor salienta que a cadeia de custódia, como mecanismo de preservação dos elementos probatórios, insere-se no âmbito da juridicidade e, por esse motivo, ainda que não exista previsão legal, o juiz deve supri-la de modo a encerrar maior qualidade epistêmica ao processo.⁵⁷

A cadeia de custódia é instrumento eficaz no rastreamento das fontes de prova e daí decorre sua importância na aferição da fiabilidade de determinado elemento de prova. Assegurar sua integridade, portanto, é garantir que o elemento probatório tem as condições de admissibilidade necessárias para ingressar no bojo do processo, uma vez que é possível avaliar de onde ele veio - qual sua fonte -, como foi armazenado, se foi ou não adulterado, contaminado ou se teve parte suprimida.⁵⁸

O Ministério da Justiça, por meio da Secretaria Nacional de Segurança Pública, editou a Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014, que estabelece diretrizes sobre os procedimentos a serem observados com relação à cadeia de custódia, considerada “fundamental para garantir a idoneidade e a rastreabilidade dos vestígios, com vistas a preservar a confiabilidade e a transparência da produção da prova pericial até a conclusão do processo judicial”⁵⁹.

⁵⁵ PRADO, Geraldo, op.cit, 2019, p. 101

⁵⁶ PRADO, Geraldo, op.cit, 2014, p. 79-80.

⁵⁷ Ibidem, p. 79.

⁵⁸ PRADO, Geraldo, op.cit, 2019, p. 104.

⁵⁹ 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: 20 de novembro de 2019.

O referido ato normativo conceitua a cadeia de custódia da seguinte forma:

“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.”⁶⁰

Nesse sentido, a constatação de quebra da cadeia de custódia implica a impossibilidade de verificar se o elemento de prova que a acusação pretende encartar no processo é o mesmo que foi colhido no ambiente sigiloso do inquérito policial, bem como levanta fundada suspeita sobre todos os elementos colhidos de uma determinada fonte que não se pode mais rastrear, na medida em que a supressão de um único elemento tem o condão de alterar toda a interpretação sobre a totalidade do conjunto probatório.

Nesse contexto, o autor ressalta que em ordenamentos jurídicos com consolidada tradição acusatória, em que o processo penal é verdadeiramente regido pela presunção de inocência, se o estado de incerteza com o qual inicia-se o processo se perpetuar, é imprescindível que a baliza seja a regra do *in dubio pro reo*. Nesses casos, “a supressão, pela acusação, de evidências favoráveis ao acusado, mediante pedido, viola o devido processo legal quando a prova é material para culpar ou punir, independentemente da boa-fé ou má-fé da acusação”⁶¹

A prática de ilicitudes pela acusação no que tange à disponibilização para a defesa da integralidade dos elementos probatórios e a desconfiança que essa situação gerou com relação aos órgãos de acusação levou a Suprema Corte Americana a definir, no emblemático caso *Brady vs Maryland*, a denominada “Brady Rule”, segundo a qual um réu criminal tem o direito constitucional à revelação de provas que possam afastar a culpa e que sejam materiais à culpa ou punição. Na ocasião, restou decidido que a supressão de prova favorável ao acusado, pela acusação, viola o devido processo legal.⁶²

Desde então, o dever constitucional de revelação de evidências exculpatórias por parte da acusação tem se expandido no sentido de garantir ao acusado a “disclosure”⁶³ mesmo

⁶⁰ 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 Tocado 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: 20 de novembro de 2019.

⁶¹ PRADO, Geraldo, op.cit., 2014, p. 83.

⁶² KURCIAS, Lisa M. **Prosecutor's Duty to Disclose Exculpatory Evidence**. 69 Fordham L. Rev. 1205 (2000) Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol69/iss3/13>> Acesso em: 13 nov. 2019, p. 1214.

⁶³ Termo utilizado para definir essa revelação inicial de evidências, pela acusação, para a defesa.

quando não houver requerimento por parte da defesa, bem como nos casos em que as evidências sejam conhecidas tão somente pela polícia de investigação, sendo obrigação da acusação tomar conhecimento de qualquer evidência conhecida por outros agentes estatais envolvidos no caso.⁶⁴

Como se vê, no regramento jurídico estadunidense, a maior experiência acusatória conduziu a um procedimento em que coligir as provas e manter incólume sua cadeia de custódia - de modo a viabilizar sua valoração - representa um dever da acusação, mesmo quando a investigação envolver outros agentes do Estado, como a polícia judiciária.

Nessa toada, o comprometimento da integridade da cadeia de custódia, seja pela supressão, extravio ou perda de elementos probatórios, inviabiliza a análise da confiabilidade dos elementos que restaram no processo, circunstância que independe da boa ou má-fé dos investigadores e da acusação, cujo dever era manter íntegra a cadeia de custódia, possibilitando o rastreio às fontes de prova.

Assim, a quebra da cadeia de custódia compromete o exercício da defesa não só pela ausência dos elementos suprimidos, mas pela desconfiança com relação aos elementos restantes, dada a impossibilidade de exercer uma “fiscalização judicial”⁶⁵ sobre eles, o que, em última instância, viola também o devido processo legal.

No próximo capítulo será feita uma análise sobre os riscos que derivam da quebra da cadeia de custódia quando relativa às provas cautelares obtidas com a realização da interceptação telefônica, destrinchando sua natureza como método oculto de investigação, a necessidade de controle judicial na autorização e realização da medida, bem como as consequências para a prova cujas fontes não for possível rastrear.

2.4. Argumentação jurídica sobre a prova

Como visto, a atividade probatória desenvolvida durante a persecução penal carece de mecanismos que assegurem a correção do procedimento de obtenção de provas e controlem a arbitrariedade dos agentes estatais no exercício do poder, máxime sob a égide de um processo penal constitucional. Todavia, assegurar a integridade e fiabilidade do conjunto probatório que ingressa no processo não é suficiente para determinar o que se encontra ou não provado no

⁶⁴ KURCIAS, Lisa M. op.cit, p. 1215.

⁶⁵ PRADO, Geraldo, op.cit., 2014, p.83

âmbito deste; para tanto, se faz necessário que o magistrado fundamente o raciocínio probatório desenvolvido.

Como é cediço, a atividade jurisdicional tem como exigência constitucional a fundamentação explícita de todos os seus atos decisórios⁶⁶, de forma que as teorias da argumentação jurídica tem se desenvolvido cada vez mais no sentido de avançar sobre todos os campos argumentativos da decisão. Atienza salienta que as mudanças operadas nos sistemas jurídicos - sobretudo a constitucionalização destes - têm levado à um aumento nos parâmetros de qualidade da fundamentação e argumentação contidas nas decisões.⁶⁷

Isso porque, inicialmente, as teorias sobre argumentação jurídica ocupavam-se majoritariamente da investigação sobre a argumentação de interpretação normativa, enquanto o estudo da argumentação jurídica em matéria de fatos é objeto recente de estudo da teoria *standard*, segundo a qual o raciocínio jurídico não pode limitar-se à mera subsunção lógica e formal.⁶⁸

Os argumentativistas afirmam a existência de dois contextos de justificação inseridos em uma decisão: aqueles de caráter lógico formal dizem respeito à argumentação sobre a norma, o que constitui a justificação interna, enquanto os argumentos relacionados à fixação das premissas fáticas que darão substrato ao silogismo decisório relacionam-se à justificação externa.⁶⁹

No campo penal, a argumentação relacionada à justificação dos raciocínios probatórios desenvolvidos nas decisões adquire substantiva importância uma vez que, se o ponto de partida de todo processo penal é a incerteza, a superação desse estado inicial demanda uma argumentação sólida, capaz de justificar a ultrapassagem do estado primevo de inocência para o de culpabilidade.

Assim explica Paulo Alves Santos:

“Não por acaso, os estados constitucionais contemporâneos adotaram como marco normativo processual penal a presunção de não culpabilidade, atraindo para o próprio Estado o dever de satisfazer a carga argumentativa necessária para a prolação de um

⁶⁶ Constituição Federal, Art. 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

⁶⁷ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 20-21.

⁶⁸ SANTOS, Paulo Alves. **Argumentos e fatos no STF: exame de acórdãos penais condenatórios proferidos pela suprema corte brasileira no julgamento de ações penais originárias**. 2019. 181 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2019, p.12

⁶⁹ Ibidem.

juízo condenatório. Esta carga incide não apenas sobre o Estado-acusador, a quem compete apresentar os elementos e argumentos probatórios para comprovar a culpa, mas também sobre o Estado-juiz, o qual, convencendo-se da culpabilidade do acusado, precisa justificar discursiva e publicamente as razões de seu convencimento.”

70

A ruptura do estado de inocência do indivíduo não pode ser dar pela crença ou mera afirmação no sentido da prática de um fato típico; não basta afirmar que tendo o indivíduo Y praticado o fato Z, considerado típico, este deve ser condenado à pena X. É necessário justificar, fundamentar com base em provas quais as razões pelas quais se afirma que o indivíduo Y praticou o fato Z.

A criação de mecanismos para melhorar a qualidade das decisões quanto à justificação na fixação das premissas fáticas que serão utilizadas na decisão é medida necessária para a concretização de um processo penal que, de fato, tenha a presunção de inocência como princípio guia.

Com efeito, a limitação ao exercício arbitrário do poder no processo penal tende a demandar um maior esforço para a justificação interna, uma vez que a fixação das premissas fáticas tende a ocupar lugar de maior complexidade quando comparada à fixação da premissa normativa (externa), pelo maior grau de vinculação à regras positivadas.⁷¹

No ponto, o dever do juiz de fundamentar a decisão com relação não só às normas adotadas, mas também com relação às premissas fáticas e à interpretação do conjunto probatório, garante que as razões de decidir não tem relação com crenças pré-determinadas ou com o clamor público; é dizer, que não ultrapassam o campo do direito e das provas.

Aliás, a legitimidade da decisão no processo penal possui relação direta com a rigorosa observância das regras relativas ao devido processo legal, que atuam como verdadeiras garantias democráticas.⁷² No âmbito probatório, essas regras orientam a verificação dos fatos e a reconstituição histórica dos acontecimentos, disciplinando a investigação criminal, a admissão, produção e valoração das provas⁷³.

Embora se considere impossível atingir uma reconstrução absolutamente verossímil dos fatos ocorridos, não é possível afastar completamente a busca pela verdade como pressuposto para uma decisão justa. Aliás, a verdade fática argumentativamente demonstrada é o objetivo

⁷⁰ SANTOS, Paulo Alves, op. cit., p. 14.

⁷¹ Ibidem, p. 25.

⁷² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2012, p. 77.

⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique, op.cit., p.313.

de uma decisão justa e a legitimidade desta se intensifica à medida que se demonstra maior conhecimento sobre os fatos.⁷⁴

Paulo Alves consigna que, na seara penal, a verdade que se busca é a correspondência entre as alegações sobre os fatos e os eventos do mundo externo que lhes dão suporte; a argumentação jurídica sobre as premissas fáticas, portanto, é demonstração da (in)existência dessa verdade-correspondência.⁷⁵

Nesse sentido, o autor salienta que a construção de um raciocínio probatório pelo juiz depende, intrínseca e inteiramente da atividade dialética desenvolvida pelas partes no processo; é a partir das hipóteses defendidas pelas partes no processo que o magistrado toma conhecimento dos fatos.⁷⁶

Nesse contexto é possível afirmar que o exercício do contraditório não somente garante às partes o conhecimento integral do conteúdo do litígio e a possibilidade de refutação, mas atua verdadeiramente como meio de conhecimento epistemológico dos fatos inseridos em um processo. Conforme sustenta Paulo Alves Santos:

“(…) a discussão sobre os fatos somente tem sentido quando entra em contato com as posições jurídicas concretamente sustentadas pelos litigantes, o que torna imprescindível a intervenção substantiva das partes desde o momento da fixação dos fatos a serem provados, passando pela atividade de escolha e produção do material probatório relevante e chegando à análise final de qual interpretação deve ser dada ao conjunto probatório produzido.”⁷⁷

Como pressuposto para a participação efetiva das partes no processo, está a necessidade de promover a igualdade de condições entre elas; no processo penal, seara em que uma parte - acusação - somente procura dar início ao processo após coligir elementos suficientes que indiquem a materialidade e autoria de um delito, permitir que a parte contrária - defesa - conheça, integralmente, o conjunto de dados probatórios que fornece substrato fático à imputação é nada menos que garantir a paridade entre estas.

Se assim não o for, até mesmo o convencimento judicial e o raciocínio probatório desenvolvido nas decisões restarão prejudicados, uma vez que a parte que desconhece parcela do conteúdo levado ao processo pela outra não tem condições de refutar argumentativamente ou produzir contraprova. Reiterando-se a premissa de que o convencimento judicial se dá pelo

⁷⁴ SANTOS, Paulo Alves. op.cit., p. 27.

⁷⁵ Ibidem, p. 33.

⁷⁶ Ibidem, p. 34

⁷⁷ Ibidem, p. 34-35.

confronto dialético das teses apresentadas, a deficiência de conhecimento de uma das partes fere o exercício do contraditório e prejudica até mesmo a argumentação desenvolvida na decisão judicial.

Retomando a ideia de busca da verdade no contexto judicial, não é despidendo salientar que, como em todo campo do conhecimento, essa busca possui limitações no âmbito jurídico, as quais podem ser de natureza lógica, factual ou normativa⁷⁸; não importa o quão farto ou relevante sejam as provas colhidas, o retorno ao passado, o acesso à verdade absoluta é, à toda evidência, impossível.

Ainda que fosse possível transpor todas as dificuldades epistemológicas inerentes à busca da reconstrução do passado, a verdade atingível no campo processual encontra-se limitada também pela aplicação de normas jurídicas que mitigam a importância da verdade quando sopesadas com outros fatores, tais como meios e procedimentos passíveis de serem utilizados, o transcurso do tempo, entre outros.

De fato, em um processo penal constitucionalizado, a busca pela verdade e pela satisfação das pretensões epistemológicas não podem ser o fim último; a observância das limitações jurídicas na construção da decisão judicial é de suma importância, ainda que, em virtude disso, remanesça alguma incerteza sobre como ocorreram os fatos.

É o caso, por exemplo, da norma jurídica - e, nesse caso, de cunho constitucional - relativa à vedação de provas ilícitas no processo: em certos casos, como por exemplo em uma busca e apreensão realizada sem autorização judicial, documentos apreendidos com a realização da diligência podem ser eficazes na atribuição de responsabilidade penal, mas, por força de uma regra jurídica, não poderão ingressar no processo.

Em suma, constata-se que a obtenção da melhor solução em uma decisão, é dizer, daquela que mais se aproxima da verdade, respeitadas as limitações ao conhecimento judicial, tem por pressuposto a alta qualidade do raciocínio probatório, desenvolvido a partir da participação dialética das partes. Tais requisitos justificam-se na medida em que somente uma elevada carga argumentativa poderá conduzir à superação do estado de inocência do indivíduo, constitucionalmente garantido.⁷⁹

⁷⁸ SANTOS, Paulo Alves, *op.cit.*, p. 36.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 39-40.

Capítulo III. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E A CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS

1. Natureza da medida: método oculto de investigação

Conquanto a Carta Política de 1988 tenha estabelecido direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, estes não são dotados de caráter absoluto, podendo ser mitigados em determinadas circunstâncias previamente determinadas no próprio diploma constitucional.

Com efeito, é esse o caso da ressalva à proteção do direito fundamental ao sigilo das comunicações, previsto no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, que dispõe seu abrandamento, em último caso, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer.⁸⁰

Todavia, o referido dispositivo constitucional, por tratar de limitação a um direito fundamental, deve ser interpretado e aplicado da forma mais restritiva possível. Nas palavras de Eugênio Pacelli e Matheus de Carvalho, “embora banalizada país afora, a medida cautelar de afastamento do sigilo das comunicações telefônicas não há de ser panaceia para todos os males e dificuldades dos procedimentos investigativos.”⁸¹

Nesse cenário, o próprio diploma constitucional conferiu caráter subsidiário à restrição do direito fundamental ao sigilo das comunicações, limitando o âmbito de incidência das medidas de afastamento desse sigilo ao processo penal.

De forma análoga, a Lei nº 9.296/96, que dispõe sobre a execução da medida cautelar de interceptação telefônica, limitou as hipóteses de incidência da medida⁸², dispôs sobre a exigência de motivação da decisão judicial que decretá-la⁸³, bem como ressaltou sua excepcionalidade⁸⁴.

⁸⁰ Constituição Federal, art 5º, inciso XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

⁸¹ PACELLI, Eugênio. CARVALHO, Matheus. A interceptação telefônica na jurisprudência brasileira e no direito comparado. *In*: CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião dos; PACELLI, Eugênio (org.). **Direito Penal e Processual Penal Contemporâneos**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 135.

⁸² “Lei 9.296/96 - Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.”

⁸³ “Lei 9.296/96 - Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

⁸⁴ “Lei 9.296/96 - Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; [...]”

Com efeito, se a regra é o resguardo do direito fundamental à intimidade e a consequente inviolabilidade dos sigilo das comunicações, é apenas lógico que a concessão e execução da referida medida cautelar estejam envoltas em mecanismos que busquem limitar a imissão estatal na vida privada dos cidadãos de modo a abarcar apenas os casos em que esta seja estritamente necessária.

No entanto, conforme a já mencionada lição de Geraldo Prado, os métodos ocultos de investigação, tais como as medidas cautelares previstas na Lei 9.296/96, têm sido comumente utilizados na práxis investigatória atual como principal instrumento da investigação; por vezes até mesmo o primeiro, não obstante a vedação legal para tanto⁸⁵.

Em face da natureza jurídica de meio de obtenção de prova, a interceptação telefônica tem, no elemento surpresa, o verdadeiro pressuposto de sua eficácia, motivo pelo qual ocorre sem o conhecimento prévio do investigado, que só tomará conhecimento de sua realização após a conclusão das diligências. Não por outro motivo a interceptação telefônica encontra-se abrangida pela cláusula de reserva de jurisdição.

No ponto, a legislação brasileira cercou de exigências a autorização da medida cautelar, dando concretude à sua excepcionalidade. Todavia, o modo de execução da medida demanda, igualmente, a estipulação de critérios e mecanismos para assegurar os indivíduos contra abusos na já excepcionada intrusão estatal na vida privada.

Baseado nas lições de Schünemann, Geraldo Prado adverte que o constante recurso à cautelares e meios invasivos de investigação em um ambiente de frágil legalidade tendem a produzir abusos.⁸⁶

Nesse contexto, o autor assevera que a expansão dos métodos ocultos de investigação "provoca reativamente a configuração de defesas jurídicas de proteção do âmbito essencial de configuração da vida privada que se constituem a partir de uma dimensão de dependência recíproca entre legalidade e reserva de jurisdição"⁸⁷.

Algumas características dessas medidas cautelares evidenciam essa probabilidade de prática de ilegalidades, tais como: (i) a realização em sigilo absoluto; (ii) seu sucesso é condicionado ao desconhecimento do investigado. (iii) o produto da medida é irrepitível, bem

⁸⁵ “Lei 9.296/96 - Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; [...]”

⁸⁶ PRADO, Geraldo, op.cit. 2014, p.60.

⁸⁷ Ibidem, p. 62.

como sua repetição, com o conhecimento do acusado, é esvaziada de sentido; (iv) o produto da medida passa primeiramente pelas mãos da acusação.

Sobre os perigos que derivam da unilateralidade na produção da prova e do sigilo absoluto, Salah Khaled Jr. e Alexandre Moraes da Rosa advertem:

“Quando o documento em questão é produzido na clausura inquisitória, enquanto elaboração narrativa produzida em segredo do próprio investigado, o potencial destrutivo desse documento – ao qual o juiz nem sequer devia ter acesso – é certamente muito maior”⁸⁸

Nesse sentido, Geraldo Prado assevera que a utilização indiscriminada de medidas cautelares que tenham natureza de método oculto de investigação - tal como a interceptação telefônica - e que implicam na devassa da privacidade do indivíduo, muitas vezes geram mais estigmatização e sofrimento do que a sanção penal em si. Nesse compasso, o autor defende uma compreensão diferenciada com relação à certas categorias do direito processual penal, mormente quando as restrições de direito aproximarem-se daquelas afetas à norma penal incriminadora, circunstância em que igualmente demandam requisitos de validade e legitimidade.⁸⁹

A ampliação do emprego dos métodos ocultos, especialmente da interceptação telefônica, balizada por uma interpretação extensiva das hipóteses autorizadoras contidas na lei é circunstância que enseja o recrudescimento do controle de legalidade da execução de medidas cautelares, bem como do sistema de ingresso das provas cautelares que delas são oriundas. Afinal, esse controle de legalidade atua como forma de amenizar os efeitos nocivos da efetivação imoderada de tais medidas.

2. O controle de legalidade exercido sobre a execução das medidas cautelares

Conforme mencionado no tópico anterior, a decisão que autoriza a medida cautelar de interceptação telefônica deve observar certos requisitos previstos em lei; no entanto, a legalidade da medida não depende tão somente da correção da decisão que a deferiu, mas também

⁸⁸ DA ROSA, Alexandre Moraes; KHALED JR., Salah Hassan. O oculto inquisitório e o inquérito policial como monumento. *In*: CHOUKR, Ana Cláudia Ferigalo; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; PRADO, Geraldo. **Processo penal e garantias: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. P. 467-468.

⁸⁹ PRADO, Geraldo, *op.cit.*, 2014, p. 66.

relaciona-se com o controle que deve ser exercido durante a sua execução, sendo que a mera análise inicial sobre sua necessidade/pertinência não é suficiente para garantir que a medida foi executada dentro dos parâmetros legais.⁹⁰

Assim, ainda que o referido meio de obtenção de prova tenha sido regularmente autorizado pela autoridade judiciária, é possível que o seu modo de execução venha a macular a licitude das provas que com ele foram obtidas, uma vez que o segredo no âmbito inquisitorial favorece a prática de abusos não tão facilmente detectáveis quando do ingresso da prova cautelar no processo.

Geraldo Prado salienta que controlar a legalidade da execução da medida é de extrema relevância, uma vez que há uma tendência dos agentes estatais de persecução penal em priorizar a produção de provas por métodos ocultos, que parecem produzir um conhecimento sobre o fato de maior qualidade epistêmica, aparentando assegurar um concreto acesso à verdade⁹¹.

Contudo, não é despidendo lembrar a já mencionada distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova, os primeiros podem ser objeto direto do convencimento judicial, enquanto os últimos tratam-se de instrumento utilizado pelas partes para levar elementos úteis ao processo, de maneira que servem, essencialmente, à prova, não ao convencimento judicial.⁹²

O autor ressalta que as inovações tecnológicas endossam uma crença de que o produto da interceptação seria um pretense acesso “à verdade como ela é”, de modo que a interceptação telefônica, mero meio de obtenção de prova – é dizer, ponto inicial para o acesso aos meios de prova que deverão influir no convencimento judicial – torna-se prova verdadeiramente incontestável, uma vez que mostra a suposta verdade evidenciada pelo método oculto de investigação.⁹³

Segundo Gáscon Abellán, diversos inconvenientes decorrem da supervalorização da prova científica - alicerçada em mecanismos tecnológicos supostamente infalíveis -, entre eles a concepção de que não é necessário controlar a fiabilidade de tais provas, de maneira que o controle que deveria ser exercido na coleta e admissibilidade da prova é deixado de lado, passando-se diretamente à análise valorativa.⁹⁴

⁹⁰ PRADO, Geraldo, op.cit., 2014, p. 68.

⁹¹ Ibidem, p. 69.

⁹² Ibidem.

⁹³ Ibidem, p. 74.

⁹⁴ ABELLÁN, Marina Gascón. Prueba Científica. Un Mapa de Retos. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba a prueba científica**. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 13-14.

Daí decorre a absoluta imprescindibilidade de um controle judicial sobre a execução de tal medida, uma vez que o seu produto, por estar alicerçado em uma estrutura tecnológica⁹⁵, tende a ser valorado como expressão da realidade.

Como já dito, é em decorrência da inquietação com medidas cautelares que tenham natureza de método oculto de investigação que o legislador estabeleceu a reserva de jurisdição como método de fiscalização e controle. Conforme leciona Prado:

“A razão da reserva de jurisdição, no marco de referências da redução de complexidade que as garantias desafiam decorre da preocupação com relação aos métodos ocultos de investigação, cuidado que procede em consideração ao engenho tecnológico usualmente empregado para a aquisição das informações pesquisadas, e que tem por objetivo preservar a fiabilidade do material probatório obtido no âmbito da investigação.”⁹⁶

De igual modo, o controle de legalidade sobre a execução da medida tem como objetivo atuar na conservação das fontes de prova obtidas durante a investigação, de modo a evitar que estas sejam manipuladas e posteriormente consideradas ilícitas e, portanto, inadmissíveis no processo. Essa imposição de supervisão judicial - e não só autorização - é “indispensável ao regime de limitação dos direitos fundamentais.”⁹⁷.

3. Interceptação telefônica e os riscos que derivam da quebra da cadeia de custódia

Como visto, a interceptação telefônica é um método oculto de investigação e tem natureza jurídica de meio de obtenção de prova; permite a extração de um meio de prova de determinada fonte. Assim, para que os elementos colhidos por meio dessa medida possam ingressar devidamente no processo, é necessário que haja a possibilidade de rastrear sua fonte, como garantia de que esses elementos sejam os mesmos que foram colhidos inicialmente, eliminando-se a suspeita que deriva da obtenção unilateral e sigilosa.

Nesse contexto, a preservação da cadeia de custódia é essencial para garantir a mesmidade desses elementos, uma vez que possibilita a identificação da origem destes, bem

⁹⁵ Cf. PRADO, Geraldo, op.cit., 2014 p. 73, “O <<meio>>, a mídia que abriga os arquivos digitais, cuja decodificação e transmissão produzem o som e a imagem, tende a ser colocado acima do debate, em uma espécie de consenso irreal acerca de sua infalibilidade e correção.”

⁹⁶ PRADO, Geraldo, op.cit., 2014, p. 75.

⁹⁷ PRADO, Geraldo. Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2ª ed. São Paulo: Lumen Juris, 2016, p. 25-7. *Apud* PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 75.

como documenta o caminho percorrido desde o seu reconhecimento, passando pelo ingresso no processo, até a sua inutilização.

O presente tópico irá ocupar-se da importância do referido mecanismo no que tange aos elementos informativos obtidos por meio da interceptação telefônica, bem como as consequências da quebra da cadeia de custódia desses elementos.

Para tanto, necessária a descrição do modo de obtenção usual das comunicações interceptadas pelo referido meio de obtenção de prova: inicia-se com a representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, passa pelo crivo judicial de pertinência e necessidade e, caso deferida, avança para a concretização da medida por intermédio de requisições às empresas de telefonia, que fornecem ao investigador os elementos fonéticos que formam a conversação telefônica, sendo realizada a gravação destes, que consubstancia o resultado da operação técnica, a materialização da fonte de prova.⁹⁸

Assim, o objeto que deverá ser custodiado de maneira adequada e que deverá possibilitar o rastreamento à fonte inicial de prova é justamente a gravação, resultado de uma operação técnica e que depende de um meio digital ou físico para o seu armazenamento, motivo pelo qual não se deve excluir a possibilidade de manipulação pela parte que inicialmente recebeu o material.

A preocupação quanto ao modo de execução e de armazenamento das informações provenientes da medida cautelar de interceptação telefônica deriva da constatação de que a supressão ou mesmo a seleção de trechos retirados do contexto da conversação podem servir a um propósito de incriminação desejado pela acusação e possibilitado pela clausura da fase inquisitorial.

Nesse contexto, a mera elaboração de relatórios pela autoridade policial contendo trechos considerados relevantes das conversações interceptadas não é satisfatória para o conhecimento da defesa e da acusação. A prova cautelar não pode servir unicamente aos propósitos dos órgãos de persecução penal e relatórios elaborados por estes não possuem o condão de influenciar no convencimento judicial. É o que sustenta José Maria Asencio Mellado⁹⁹:

⁹⁸ BRASILEIRO, Renato. op.cit., p.739

⁹⁹ MELLADO, José Maria Asencio. Los informes de inteligencia policiales. Su influencia en los principios esenciales del proceso penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. et al; coordenador Flávio Cardoso Pereira. **Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 208.

“Poderia bastar para negar todo o valor probatório dos informes policiais em geral e dos de inteligência em particular, a negação de que estes teriam caráter de meio de prova. Se um documento ou declaração não podem ser considerados como tais, não podem ser apreciados de forma a fundamentar uma sentença, uma vez que o direito à presunção de inocência só permite basear uma decisão condenatória em meios de prova autênticos e praticados com todas as garantias, entre outros requisitos. A convicção judicial é livre, mas sujeita à conformação do conjunto probatório em sentido estrito”. (tradução minha)¹⁰⁰

A não preservação da cadeia de custódia do produto da interceptação telefônica - gravações - e a conseqüente impossibilidade de rastrear sua fonte - os elementos fonéticos tal como captados - suscita dúvida quanto à integralidade e unidade da prova, que não poderá ser devidamente analisada pela outra parte, tolhendo-lhe o exercício do contraditório.

No ponto, a exigência de cuidado com relação à introdução desses elementos no processo deve ser ampla, uma vez que produzem considerável efeito no âmbito da subjetividade do magistrado que irá julgar a causa. Conforme salienta Geraldo Prado:

“Conversas telefônicas que cogitam de práticas ilegais exercem sobre quem as escuta significativo efeito... a forte impressão de que contém toda a realidade, como se os fatos juridicamente relevantes pudessem ser reduzidos a uma unidade. Elabora-se a crença no denominada caráter autorreferente das conversas. Quem as escuta, ainda que prevenido acerca da riqueza de meios tecnológicos existentes na atualidade, capazes de manipular e distorcer imagem e som, tende a crer no poder do que foi registrado e é dessa forma, ressalta Rui Cunha Martins, que a crença instala-se no polo da convicção, que seria o seu oposto.”¹⁰¹

A pretensão de um suposto “acesso à verdade como ela é” por intermédio da interceptação telefônica deve resultar em maiores exigências com relação à sua integridade. Faz todo o sentido a colocação de Marina Gascón Abellán¹⁰², segundo a qual “quanto maior a expectativa de valor probatório depositada em uma prova, mais rigorosos devem ser o controles de produção da mesma”¹⁰³

¹⁰⁰ “Podría bastar para negar todo valor probatorio a los informes policiales en general y los de inteligencia en particular, con la negación a los mismos de carácter de medios de prueba. Si un documento o una declaración no constituyen o pueden ser considerados como tales, no pueden ser apreciados cara a fundamentar una sentencia, toda vez que el derecho a la presunción de inocencia solo permite a dichos efectos basar una decisión condenatoria en auténticos medios de prueba y practicados con todas las garantías, entre otros requisitos. La convicción judicial es libre, pero sujeta a que se conforme sobre la base de pruebas en sentido estricto.”

¹⁰¹ PRADO, Geraldo, op.cit., 2014, p. 85.

¹⁰² ABELLÁN, Marina Gáscon,, op.cit., p. 05.

¹⁰³ “La regla aquí debería ser: <<cuanto mayor es la expectativa de valor probatorio depositada en umna prueba, más rigorosos deben ser los controles de realización de la misma>>”

Para Salah Khaled Jr., os elementos de prova provenientes da medida cautelar de interceptação telefônica somente podem ser interpretados como vestígios, os quais jamais podem ser considerados verdadeiros, uma vez que, para serem valorados no processo, devem transformar-se em prova, o que ocorre pela submissão ao processo de constrangimento por meio da atividade probatória.¹⁰⁴

Sob essa perspectiva, considerando como atividade probatória o exercício do contraditório pelas partes, os elementos de prova provenientes da interceptação telefônica, que tem natureza de vestígio, jamais poderão tornar-se prova digna de valoração caso haja quebra na cadeia de custódia, constatada pela supressão ou manipulação dos elementos.

Isso porque a ausência de parte dos elementos de prova resultantes da medida inviabiliza o exercício do contraditório e viola a paridade de armas, uma vez que a defesa fica impedida de rastrear a fonte de prova e aferir a legalidade da atividade investigatória, bem como impossibilitada de identificar provas ilícitas. Nessa hipótese, os elementos de prova colhidos e posteriormente suprimidos serviriam tão somente aos interesses da acusação, visto que a defesa não teve acesso a eles.

Com efeito, se a cadeia de custódia é quebrada, a parte acusada passa a não ter nenhuma garantia de que o que foi produzido em termos de elementos de prova na clausura inquisitorial é, necessariamente, o mesmo conjunto probatório levado ao processo. Conforme assevera Geraldo Prado:

“Verificada a quebra da cadeia de custódia, o que há é a impossibilidade do exercício efetivo do contraditório pela parte que não tem acesso à prova íntegra. Os elementos remanescentes sofrem com a lacuna criada pela supressão de outros elementos que poderiam configurar argumentos persuasivos em sentido contrário à tese deduzida no processo e por essa razão estão contaminados e igualmente não são válidos.”¹⁰⁵

Assim, se a verificação dos fatos no processo penal encontra-se estribada na análise dos fatos penalmente relevantes, a quebra da cadeia de custódia gera evidente prejuízo na comprovação da fiabilidade dos elementos de informação, que passam a carecer de idoneidade para compor o conjunto probatório, não podendo ser validamente valorados como meios de prova, consubstanciando prova ilícita e que sequer poderá ingressar no processo.

¹⁰⁴ KHALED JR., Salah H. O caráter alucinatório da evidência e o sentido da atividade probatória: rompendo com a herança inquisitória e a filosofia da consciência. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. et al; coordenador Flávio Cardoso Pereira. **Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 290-291.

¹⁰⁵ PRADO, Geraldo, op.cit., 2019, p.128.

3.1. Perspectiva jurisprudencial

Em paradigmático julgamento, ocorrido em meados de 2014, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou *habeas corpus*¹⁰⁶ que versava sobre requerimento de

¹⁰⁶ PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO E TELEMÁTICO AUTORIZADA JUDICIALMENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA COM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTES. PRESENÇA DE INDÍCIOS RAZOÁVEIS DA PRÁTICA DELITUOSA. INDISPENSABILIDADE DO MONITORAMENTO DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI DOS DELITOS. CRIMES PUNIDOS COM RECLUSÃO. ATENDIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 2º, I A III, DA LEI 9.296/96. LEGALIDADE DA MEDIDA. AUSÊNCIA DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRALIDADE DA PROVA PRODUZIDA NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E TELEMÁTICA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA PARIDADE DE ARMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...] VII. A intimidade e a privacidade das pessoas não constituem direitos absolutos, podendo sofrer restrições, quando presentes os requisitos exigidos pela Constituição (art. 5º, XII) e pela Lei 9.296/96: a existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, a impossibilidade de produção da prova por outros meios disponíveis e constituir o fato investigado infração penal punida com pena de reclusão, nos termos do art. 2º, I a III, da Lei 9.296/96, havendo sempre que se constatar a proporcionalidade entre o direito à intimidade e o interesse público.

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

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

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

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

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

XVI. Habeas corpus não conhecido, por substitutivo de Recurso Ordinário.

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 art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP, procedendo-se ao seu desentranhamento da Ação Penal 2006.51.01.523722-9.

(HC 160.662/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 17/03/2014-grifei)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 160.662, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Data de julgamento: 18/02/2014, Sexta Turma, Data de publicação: 17/03/2014. Disponível em:

nulidade das provas cautelares provenientes de medida cautelar de interceptação telefônica realizada no caso. Na oportunidade, a defesa técnica do acusado pleiteou o desentranhamento dos elementos de prova da ação penal em razão da ausência de acesso, pela defesa, à totalidade dos elementos informativos produzidos enquanto a medida estava em vigor, em razão de perda e extravio de parte das comunicações, certificada nos autos pela Polícia e pelo Juízo competente.

Para tanto, alegou-se violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da paridade de armas e do devido processo legal, uma vez que parte do produto da interceptação telefônica desapareceu, não tendo sido encartado aos autos do inquérito policial, o que impossibilitou seu acesso pelo Ministério Público, pelo Poder Judiciário e pela defesa técnica dos acusados.

Isso porque, segundo restou esclarecido na impetração, “o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, não sendo, portanto, tais provas encartadas nos autos do Inquérito Policial e da Ação Penal”¹⁰⁷

Na ocasião, restou constatada a perda irremediável da integralidade do produto das interceptações telefônicas realizadas; trechos inteiros foram comprovadamente excluídos antes da apreciação pela parte contrária e pelo Poder Judiciário. A inviabilização do exercício do contraditório implicou em fundada suspeita acerca da fiabilidade das provas, bem como a impossibilidade de se rastrear as fontes de prova prejudicou a fiabilidade do material colhido.

No julgamento, assentou-se que, inobstante a medida cautelar de interceptação telefônica tenha sido autorizada por decisão fundamentada da autoridade judiciária, na qual revelou-se a necessidade de implementação da medida, bem como demonstrou-se a impossibilidade de produzir a prova por outros meios, a seleção unilateral de parte dos elementos colhidos e a destruição dos demais - de modo que não poderiam ingressar no processo posteriormente - inviabilizou o exercício do contraditório pela defesa e eivou de nulidade o material restante.

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiretor/?num_registro=201000153608&dt_publicacao=17/03/2014. Acesso em: 28 nov. 2019.

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 160.662/RJ, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 17/03/2014. Voto, p. 56-57. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33740615&num_registro=201000153608&data=20140317&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 26 nov. 2019.

O voto proferido pela Relatora, Ministra Assusete Magalhães, demonstrou que a ausência de parte do material probatório impedia que fosse garantido às partes a paridade de armas e inviabilizava o exercício do contraditório pela defesa, haja vista que não é possível defender-se ou impugnar um material ao qual o acesso não é franqueado, em face da sua supressão do caderno investigatório e exclusão das bases digitais em que armazenadas pela autoridade de polícia.

Nessa mesma linha foi o voto proferido pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, que ressaltou que a ausência de controle judicial na execução da medida, que é produzida sem o contraditório prévio das partes, denota a imprescindibilidade de acesso à prova pela parte a quem diz respeito a prova produzida, para que esta possa a ela se opor, apresentar contraprova ou elencar argumentos contrários.¹⁰⁸

Conforme pontuou o Ministro, era dever do Estado conservar a integralidade da prova produzida, mas houve quebra da cadeia de custódia, tendo constatado que a polícia agiu “no mínimo, com imprudência ou com indesculpável amadorismo, pondo a perder, talvez, o resultado de uma investigação longa, do Ministério Público e da própria Polícia”.¹⁰⁹

A ordem foi concedida na ocasião para declarar a ilicitude da prova remanescente e determinar o desentranhamento dos autos, ante a quebra da cadeia de custódia e da consequência que dela derivou: a impossibilidade de rastreamento da fonte de prova inicial.

¹⁰⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 160.662/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 17/03/2014. Voto Min. Rogério Schietti Cruz, p.02. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33920001&num_registro=201000153608&data=20140317&tipo=2&formato=PDF. Acesso em: 26 nov. 2019.

¹⁰⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 160.662/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 17/03/2014. Voto Min. Rogério Schietti Cruz, p.04. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33920001&num_registro=201000153608&data=20140317&tipo=2&formato=PDF. Acesso em: 26 nov. 2019.

CONCLUSÃO

A desarmonia entre o ultrapassado diploma processual penal brasileiro e a relativamente recente carta constitucional confere aos intérpretes do direito a complexa tarefa de operacionalizar a persecução penal, estabelecendo limites e meios de aplicação, de modo a não violar direitos fundamentais ou garantias constitucionais.

Conforme visto ao longo deste trabalho, esse processo de conformação à Constituição tem especial importância no campo das provas, seja na sua obtenção, preservação, admissibilidade ou valoração. Se um processo penal constitucional deve ser orientado pela verificação dos fatos, o modo de apuração destes deve estar constringido pelas garantias e direitos individuais.

Diante da estrutura processual penal brasileira, que comporta uma fase de investigação em que, em tese, não se aplicam as garantias do contraditório e da ampla defesa, vê-se a importância da transposição do antigo modelo bifásico, que comportava apenas as etapas investigação e processo, para um modelo trifásico, que passa a incluir uma etapa de admissibilidade, localizada entre as duas anteriores.

A introdução dessa etapa na estrutura do processo penal é essencial para a consolidação de um modelo verdadeiramente acusatório, pois permite o exercício prévio do contraditório sobre os elementos de informação coligidos na investigação criminal, possibilitando às partes a aferição de sua fiabilidade e garantindo que os elementos ingressem no processo tal como foram colhidos, dando concretude à regra da mesmidade¹¹⁰.

A preocupação com a autenticidade dos elementos probatórios provenientes da investigação criminal tem por fundamento o sigilo do procedimento, bem como a ausência de controle judicial sobre a execução das diligências e procedimentos cautelares, pois é na clausura inquisitorial o ambiente mais propício para o cometimento de abusos e a prática de ilegalidades.

Logo, para que um elemento de prova tenha condições de ingressar no processo e efetivamente ser objeto de valoração judicial, mostrou-se imperativo verificar sua integridade, requisito que viabiliza o exercício do contraditório.

Para tal fim, a preservação da cadeia de custódia do elemento de prova é mecanismo eficaz no rastreamento da fonte original de prova e pressuposto para que este seja considerado

¹¹⁰ PRADO, Geraldo.op.cit., 2019, p.95

admissível no processo. Como visto, a sua quebra gera fundada suspeita sobre a integridade do conjunto probatório, bem como sobre possível manipulação da prova por aquele que obteve acesso a ela primordial e unilateralmente.

Com efeito, a viabilização do exercício do contraditório pelas partes é essencial não só para aferir a autenticidade e integridade do conjunto probatório que irá ingressar no processo, mas também para a prolação de uma decisão justa. Conquanto a busca pela verdade absoluta seja impossível - e também indesejável -, a responsabilização penal legitima-se quando busca a verificação dos fatos por meio das provas, o que denominamos de verdade-correspondência.

Por outro lado, os elementos probatórios são levados ao magistrado por intermédio da atividade dialética das partes, de forma que o desenvolvimento do raciocínio probatório na decisão também depende do exercício do contraditório, o qual é viabilizado a partir da disponibilização da integralidade do conjunto probatório às partes e que depende, também, da integridade deste.

Dito de outro modo, argumentar sobre os fatos somente tem sentido quando as partes podem, de fato, contrapor suas teses em juízo. Assim, garantir às partes o exercício desse poder de refutação¹¹¹, é também laborar em direção a uma decisão de maior qualidade.

Diante da importância da preservação dos elementos de prova e de suas fontes, entende-se que a melhor alternativa é que o juiz exerça um rigoroso controle desde a autorização, bem como ao longo da execução de medidas cautelares que tenham natureza de método oculto de investigação - lugar comum para a prática de abusos e ilegalidades na clausura inquisitorial.

Em que pese a cláusula de reserva de jurisdição reserve ao juízo a análise sobre a pertinência e necessidade de tais medidas, a alta qualidade epistêmica da prova - que traduz-se quase que em um pretense acesso à verdade como ela é - demanda a adoção de medidas que visem evitar a manipulação dos dados.

Pelo exposto, evidencia-se que conferir concretude aos direitos fundamentais em um processo penal verdadeiramente constitucional relaciona-se, intrinsecamente, com a delimitação de regras rigorosas no que diz respeito à produção, preservação e valoração das provas, especialmente quando alcançadas por meios ocultos.

¹¹¹ FERRAJOLI, Luigi, op.cit., p. 144

BIBLIOGRAFIA

ABELLÁN, Marina Gascón. Prueba Científica. Un Mapa de Retos. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba a prueba científica**. Barcelona: Marcial Pons, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BEDÊ JR., Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 03 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 9296/96, de 24 de julho de 1996**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 jul. 1996b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

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: 20 nov. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado. **PLS nº 156/2009**. Redação final do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009 que dispõe sobre a reforma do Código de Processo

Penal. Disponível em
<<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4575260&ts=1571775883184&disposition=inline>>. Acesso em 27 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 160.662/RJ**, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 17/03/2014. Voto, p. 56-57. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33740615&num_registro=201000153608&data=20140317&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 26 nov. 2019.

CARVALHO, Matheus; PACELLI, Eugênio. A interceptação telefônica na jurisprudência brasileira e no direito comparado. *In*: CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião dos; PACELLI, Eugênio (org.). **Direito Penal e Processual Penal Contemporâneos**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DA ROSA, Alexandre Moraes; KHALED JR., Salah Hassan. O oculto inquisitório e o inquérito policial como monumento. *In*: CHOUKR, Ana Cláudia Ferigalo; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; PRADO, Geraldo. **Processo penal e garantias: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodvm, 2017.

DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal**. 3ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro) In: YARSHELL, Flávio Luís; MORAES, Maurício Zanoide (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. 1ª ed. São Paulo: DPJ, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KHALED JR., Salah H. O caráter alucinatório da evidência e o sentido da atividade probatória: rompendo com a herança inquisitória e a filosofia da consciência. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. et al; coordenador Flávio Cardoso Pereira. **Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

KURCIAS, Lisa M. **Prosecutor's Duty to Disclose Exculpatory Evidence**. 69 Fordham L. Rev. 1205 (2000) Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol69/iss3/13>> Acesso em: 13 nov. 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLADO, José Maria Asencio. Los informes de inteligencia policiales. Su influencia en los principios esenciales del proceso penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. et al; coordenador Flávio Cardoso Pereira. **Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

PRADO, Geraldo. A quebra de cadeia de custódia no processo penal brasileiro. In: GIACOMOLLI, Nereu José; PRADO, Geraldo; SILVEIRA, Edson Damas; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Prova Penal - Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Empório do Direito, 2015.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. **Conocimiento científico y estándares de prueba judicial**. Jueces para la Democracia, 52, 63-64, 2005.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. 1ªed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

SANTOS, Paulo Alves. **Argumentos e fatos no STF: exame de acórdãos penais condenatórios proferidos pela suprema corte brasileira no julgamento de ações penais originárias**. 2019. 181 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2019.