



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

JULIANA FERREIRA SOARES PINHEIRO

**CONTORNOS DA CADEIA DE CUSTÓDIA NO ÂMBITO DA INTERCEPTAÇÃO
TELEFÔNICA**

Brasília/DF

2021

JULIANA FERREIRA SOARES PINHEIRO

**CONTORNOS DA CADEIA DE CUSTÓDIA NO ÂMBITO DA INTERCEPTAÇÃO
TELEFÔNICA**

Monografia apresentada como requisito para a
obtenção do título de Bacharel em Direito pela
Universidade de Brasília.
Orientador: Prof. Dr. Marcelo Navarro Ribeiro
Dantas.

Brasília/DF

2021

JULIANA FERREIRA SOARES PINHEIRO

**CONTORNOS DA CADEIA DE CUSTÓDIA NO ÂMBITO DA INTERCEPTAÇÃO
TELEFÔNICA**

Trabalho de Conclusão desenvolvido como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília.

Aprovado em 3 de novembro de 2021.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Orientador(a)
UnB

Prof. Dr. Paulo de Souza Queiroz
Avaliador
UnB

Prof. Dr. Vallisney de Souza Oliveira
Avaliador
UnB

Este trabalho é dedicado aos meus pais Joana Darc
Ferreira Soares e Almir Pinheiro de Souza e aos
meus irmãos Amanda, Marina, Júlio, Jefferson,
Miguel e Marcela.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e Nossa Senhora Aparecida pela proteção diária e saúde e por me abençoarem com uma família amorosa e acolhedora, colocarem pessoas certas no meu caminho e darem a mim sinais do caminho a ser seguido.

Agradeço aos meus pais por terem aberto mão de tanto para que esse momento fosse possível, acreditado no meu potencial até mesmo nos momentos em que eu duvidava dele e apoiado minhas decisões. A graduação na Universidade de Brasília foi um sonho coletivo que hoje se torna realização.

Aos meus irmãos, agradeço pelo companheirismo e incentivo constante, bem como pelos momentos de cumplicidade, descontração e afeto. Incluo neste agradecimento nossa gata Malu e cadela Pretinha, as quais me fizeram companhia durante a escrita deste trabalho e jornadas de estudo.

Agradeço aos meus tios e tias pelo estímulo e por terem sido, assim como minha mãe, exemplos de que a educação transforma vidas. Aos meus primos e primas, agradeço pela amizade, troca de experiências e carinho.

Agradeço aos professores que, na caminhada da graduação, me ensinaram a necessidade de o Direito ser uma ciência comprometida com a valorização do ser humano e com ditames da justiça social.

Agradeço ao meu orientador, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, por aceitar conduzir o meu trabalho de pesquisa.

Agradeço aos amigos feitos durante a graduação por terem tornado os meus dias mais alegres e pela acolhida e compartilhamento dos momentos de alegria e tristeza.

Agradeço, por fim, a todos que de alguma forma contribuíram para a minha formação pessoal e profissional.

*Não te deixes destruir...
Ajuntando novas pedras
e construindo novos poemas.
Recria tua vida, sempre, sempre.
Remove pedras e planta roseiras e faz doces. Recomeça.
Faz de tua vida mesquinha
um poema.
E viverás no coração dos jovens
e na memória das gerações que hão de vir.
Esta fonte é para uso de todos os sedentos.
Toma a tua parte.
Vem a estas páginas
e não entres seu uso
aos que têm sede.
(CORALINA, 1981)*

RESUMO

O presente estudo busca estudar a cadeia de custódia inserida no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, de forma a expor a relevância do instituto enquanto garantia de rastreabilidade e fiabilidade de provas obtidas mediante métodos de investigação ocultos. Vislumbrando-se tomar conhecimento acerca do estado atual da cadeia de custódia no âmbito do instituto da interceptação telefônica, realiza-se um estudo teórico-bibliográfico acerca do tema, incluindo os sistemas de tecnologia da informação desenvolvidos para execução da medida. Adotou-se como marco teórico a obra “Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos” de Geraldo Prado. À luz da jurisprudência dos tribunais superiores e da doutrina, aborda-se os desdobramentos decorrentes da inobservância da cadeia de custódia da prova coletada por interceptação telefônica.

Palavras-chave: Cadeia de custódia. Meios ocultos de investigação. Interceptação telefônica.

ABSTRACT

This study seeks to research the chain of custody inserted in the Code of Criminal Procedure by the Law No. 13,964, of December 24, 2019, in order to expose the institute's relevance as a guarantee of traceability and reliability of evidence obtained through hidden research methods. In order to get the knowledge of the procedures performed to obtain information by the employ of telephone interception and to inspect your suability, a theoretical-bibliographic study on the subject is carried out, including information technology systems developed to carry out the measure. The work "Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos" (Criminal evidence and epistemic controls system: the break of evidence's chain of custody obtained by occult methods) by Geraldo Prado was taken on as a theoretical framework. In light of the jurisprudence of the superior courts and the doctrine, is approached the consequences arising from non-observance with the evidence's chain of custody, delving into the implications entailed.

Keywords: Chain of custody. Hidden research methods. Telephone Interception.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	15
2	CADEIA DE CUSTÓDIA	17
2.1	Conceito de cadeia de custódia.....	18
2.2	Fundamentos basilares da cadeia de custódia	19
2.3	Contornos legais da cadeia de custódia.....	23
2.4	A importância da cadeia de custódia para os métodos ocultos de investigação	27
3	A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA OBTIDA MEDIANTE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.....	31
3.1	Regramento legal da interceptação telefônica	33
3.2	Sistemas utilizados para executar a interceptação telefônica	37
4	A QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA OBTIDA POR MEIO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	42
5	CONCLUSÃO	50
	REFERÊNCIAS.....	52

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, intitulada “Pacote Anticrime”, implementou alterações no Código de Processo Penal, Código Penal e na Legislação Penal Extravagante vislumbrando refinar e desenvolver o sistema penal e processual penal. Um dos desdobramentos dessa lei é a introdução da cadeia de custódia no Código de Processo Penal, mediante a inclusão dos artigos 158-A a 158-F.

A mencionada lei derivou do Projeto de Lei nº 10.372/2018 da Câmara dos Deputados, o qual foi criado no âmbito da Comissão de Juristas presidida pelo atual ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes e proposto pelo deputado federal José Rocha. A proposição legislativa apresentou como justificativa para criação da cadeia de custódia o fato dela assegurar a idoneidade e a rastreabilidade dos vestígios, de forma preservar a confiabilidade e a transparência da produção da prova pericial.

Apesar de somente com a Lei nº 13.964/2019 haver sido objeto de lei ordinária, a cadeia de custódia estava regulamentada, no âmbito infralegal, na Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014, da Secretaria Nacional de Segurança Pública e na Resolução nº 102, de 2 de outubro de 2018, da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo. Destaca-se o fato de os artigos 158-A a 158-F conterem disposições semelhantes às presentes na Portaria nº 82/2014.

O problema de pesquisa do trabalho de monografia indaga se o instituto da cadeia de custódia, enquanto garantia de rastreabilidade e fiabilidade de provas, estaria presente na execução da medida de interceptação telefônica.

Parte-se da hipótese de que não estão criados mecanismos de controle da idoneidade da informação obtida por meio da interceptação telefônica, ainda que a Lei nº 13.964/2019 tenha implementado a cadeia de custódia no Código de Processo Penal.

A metodologia de pesquisa empregada foi a exploratória e a técnica de pesquisa a teórico-bibliográfica, em que foi utilizada como marco teórico a obra “Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos” de Geraldo Prado.

O primeiro capítulo aborda o conceito “cadeia de custódia” e os fundamentos constitucionais relacionados a ele. Além disso, visa demonstrar a importância do instituto para as provas obtidas por intermédio de métodos ocultos.

O segundo capítulo se volta para a base legal que regulamenta a interceptação telefônica no âmbito nacional e para o modo de operacionalização da diligência. A partir disso, analisa a presença da cadeia de custódia específica da interceptação telefônica no ordenamento jurídico e nos sistemas de tecnologia da informação utilizados para executar a diligência.

O último capítulo explora, mediante o exame de casos paradigmáticos, o resultado prático da ruptura da cadeia de custódia da prova coletada mediante interceptação telefônica.

2 CADEIA DE CUSTÓDIA

Antes de abordar o tema central do presente capítulo, realiza-se, para compreensão do presente estudo, breve abordagem sobre a aceção de prova e as seguintes terminologias processuais relativas a ela: elemento de prova, fonte de prova, meio de prova e meio de investigação de prova.

No âmbito do direito processual, entende-se como prova os dados idôneos para admitir a veracidade de um enunciado sobre determinado fato alegado. Inobstante a impossibilidade de se chegar na verdade irrefutável, a prova viabiliza o conhecimento processualmente verdadeiro acerca dos fatos debatidos no processo. Para isso, devem ser obtidos elementos aptos a gerar um determinado grau de certeza no tocante a ocorrência dos fatos (GOMES FILHO, 2005).

Entrando no campo dos componentes essenciais da atividade probatória, define-se elemento de prova os dados objetivos por meio dos quais se confirma ou se nega uma afirmação relativa a fato relevante para a decisão a ser formalizada no processo, como a declaração de uma testemunha ou o conteúdo de um documento (GOMES FILHO, 2005).

Fonte de prova corresponde a pessoas ou coisas por meio das quais se obtém informações sobre a prova. Consoante as lições de Michele Taruffo, a fonte de prova é classificada em (1) real – consubstanciada em uma coisa, (2) pessoal – aquela fornecida por uma pessoa, como testemunhas, acusado, vítima, perito, assistente técnico (TARUFFO, 2014).

Meios de prova designam instrumentos ou atividades mediante os quais os elementos de prova são produzidos e inseridos no processo. O desenvolvimento dos meios de prova ocorre perante o juiz e com a ciência e a participação das partes para resguardar o contraditório. A título exemplificativo, a prova documental indica que a representação do fato foi obtida por meio de documento e a prova testemunhal significa que a prova foi conseguida por intermédio de testemunha (GOMES FILHO, 2005).

Os meios de investigação de prova se referem a procedimentos – geralmente – extraprocessuais destinados à obtenção de provas materiais, como coisas, traços ou declarações dotadas de força probatória. Costumam ter como destinatários a Polícia Judiciária e o Ministério Público. Diferenciam-se, em alguns casos, dos meios

de prova pelo fator surpresa, derivado do não conhecimento do investigado, e pela impossibilidade de repetição na fase processual (GOMES FILHO, 2005).

2.1 CONCEITO DE CADEIA DE CUSTÓDIA

O artigo 158-A do Código de Processo Penal preceitua constituir a cadeia de custódia o conjunto de procedimentos utilizados para conservar e documentar a cronologia do vestígio colhido em locais ou em vítimas de crimes, visando rastrear a posse e o manuseio do material coletado desde o momento de reconhecimento até o momento de descarte.

No plano doutrinário, Geraldo Prado (2021, p. 1) leciona constituir a cadeia de custódia “o método por meio do qual se pretende preservar a integridade do elemento probatório e assegurar sua autenticidade”.

De acordo com Gustavo Badaró (2017, p. 523), a cadeia de custódia consiste no

[...] procedimento de documentação ininterrupta, desde o encontro da fonte de prova, até a sua juntada no processo, certificando onde, como e sob a custódia de pessoas e órgãos foram mantidos tais traços, vestígios ou coisas, que interessem à reconstrução histórica dos fatos no processo, com a finalidade de garantir sua identidade, a integridade e autenticidade.

Na obra “Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia”, Alberi Espíndula (2013, p. 165) ensina ser a cadeia de custódia a realização atos de

[...] proteção ou guarda dos elementos materiais encontrados durante uma investigação e que devem manter resguardadas as suas características originais e informações sem qualquer dúvida sobre a sua origem e manuseios. Pressupõe o formalismo de todos os seus procedimentos por intermédio do registro do rastreamento cronológico de toda a movimentação de alguma evidência. Portanto, a cadeia de custódia é a garantia de total proteção aos elementos encontrados e que terão um caminho a percorrer, passando por manuseio de pessoas, análises, estudos, experimentações e demonstração-apresentação até o ato final do processo criminal.

Os conceitos extraídos da lei e da literatura jurídica e pericial demonstram a utilidade da cadeia de custódia para a proteção da integridade da prova obtida na investigação para ser levada ao processo. Ela constitui instrumento garantidor da

inalteração do elemento probatório e possibilita a avaliação de eventual contaminação ou interferência.

Consoante a doutrina, a cadeia de custódia é fundamentada nos princípios da mesmice e da desconfiança.

A mesmice indica a identidade entre a prova obtida preliminarmente e a apresentada ao juízo. Aury Lopes Jr. e Alexandre da Rosa (2015) citam como exemplo de violação da mesmice a situação na qual a prova obtida por meio de interceptação telefônica é selecionada pelo órgão acusador, o qual junta ao processo apenas o que lhe interessa e subtrai o acesso da defesa ao restante das informações.

A “desconfiança”, por sua vez, designa a submissão da prova a um procedimento com critérios objetivos responsáveis por comprovar que o elemento corresponde ao que a parte alega ser (PRADO, 2014 apud SOUZA; VASCONCELLOS, 2020). Esse princípio deriva da noção de que não há confiança preestabelecida em nenhum dos pólos da relação processual e que o elemento probatório é insuficiente para representar o significado atribuído a ele por quaisquer das partes.

Deve-se destacar que o instituto da cadeia de custódia não pretende ser cético quanto à credibilidade da prova coletada pela autoridade policial, examinada por peritos e manuseada por qualquer pessoa ligada ao Estado (MENEZES; BORRI; SOARES, 2018).

Na verdade, a cadeia de custódia existe para assegurar que a prova juntada no processo é idêntica à coletada na etapa investigatória e foi recolhida em conformidade com os procedimentos previstos em lei (SOUZA; VASCONCELLOS, 2020).

2.2 FUNDAMENTOS BASILARES DA CADEIA DE CUSTÓDIA

A preocupação com a criação de mecanismos de aferição de confiabilidade do elemento prova revela o compromisso com a redução de erros capazes de retirar a liberdade de um indivíduo.

Isso se justifica pelo fato de a liberdade individual, nas mais variadas facetas, constituir pressuposto basilar do Estado Democrático de Direito, razão pela qual é posta como direito fundamental pela Constituição da República. A presunção de

inocência disposta no artigo 5º, inciso LVII¹, da Constituição é, também, decorrência lógica do paradigma de estado adotado.

O processo penal constitui via necessária ao exercício do poder persecutório-punitivo pelo Estado, ante a imprescindibilidade da aplicação de pena ser precedida e resultar do devido processo legal. (LOPES JR., 2020). Como consequência, não pode ser reduzido a mera formalidade destinada a ratificar certeza prévia da acusação e a integridade das provas juntadas por ela ao processo.

Enquanto instrumento por meio do qual aferida a responsabilidade penal do imputado, o processo penal constitui amparo do indivíduo contra arbitrariedades e deve observar os direitos e garantias fundamentais. Cumpre a ele operar a partir da simultaneidade entre repressão e garantias processuais, de forma a resguardar o direito subjetivo à segurança pública e respeitar os limites impostos por normas constitucionais e infraconstitucionais (TAVARES, 2020).

Paralelamente, a presunção de inocência requer a presença da incerteza no início da persecução penal. Com isso, a imposição de pena será legítima se superada a incerteza inicial quanto à autoria e materialidade. Conforme leciona Geraldo Prado (2014, p. 17):

[...] o papel que a presunção inocência joga nos dias atuais consiste, pois, em fundar o estado original da incerteza que marcará a persecução penal, da notícia crime ao momento imediatamente anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A presunção de inocência repercute, ainda, no campo probatório por condicionar a imposição da pena a um dispositivo probatório (PRADO, 2014), o que remete à máxima segundo a qual “não há processo sem prova” (FERRAJOLI, 2013, p. 37).

No tocante à relação desse princípio constitucional com a cadeia de custódia, a presunção de inocência acarreta a inversão da fé nos agentes estatais, considerada exigência de que a trajetória do material probatório produzido na fase pré-processual e de natureza irrepitível esteja formalmente documentada (PRADO, 2014).

A prova penal se insere no processo penal como instrumento destinado a reconstituir fatos passados para fundamentar o processo de cognição do julgador

¹ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

quanto ao pedido de prestação jurisdicional, alegações articuladas pela acusação e resposta apresentada pela defesa. Para que isso seja possível é fundamental que o aparato processual esteja apto e disponha de meios para verificar e refutar teses formuladas pelas partes.

Revela-se crucial assegurar ao indivíduo acusado o conhecimento da totalidade de elementos obtidos antes e durante o processo, principalmente se configurarem provas irrepitíveis. Isso permite a produção de contraprova, a identificação de provas ilícitas e a impugnação de excessos e de acusações descabidas (PRADO, 2014).

Dentre os princípios constitucionais regentes da prova penal e, por consequência, da cadeia de custódia está a ampla defesa, a versar o direito do acusado de se defender das condutas imputadas a si e fazer uso de meios adequados para responder a argumentos veiculados pela acusação.

Norteia, também, a prova penal e a cadeia de custódia o princípio do contraditório, consubstanciado na igualdade de oportunidade e meios concedidos às partes para apresentarem provas e convencerem o juízo. Decorre deste preceito o artigo 155², *caput*, do Código de Processo Penal, a prever que a formação da convicção do magistrado ocorrerá mediante o exame da prova produzida sob contraditório (CALDEIRA, 2020).

Realça-se o fato de o mencionado princípio abarcar o contraditório para a prova e o contraditório sobre a prova. O contraditório para a prova viabiliza a participação da acusação e da defesa na formação do elemento de prova. O contraditório sobre a prova, por sua vez, é realizado após a produção do elemento probatório, porquanto apenas ao término da diligência será concedido o acesso às informações obtidas e a oportunidade de contraditar. Isto ocorre, por exemplo, na interceptação telefônica (BADARÓ apud CALDEIRA, 2020, p. 209).

As provas obtidas fora do processo demandam cautela maior, considerada a dificuldade do réu em contraditar e o fato de, na maioria das vezes, o elemento probatório ser produzido e ficar sob a guarda do Estado (MENEZES; BORRI; SOARES, 2018). Assim, nas provas cujo contraditório ocorra de forma diferida, ou

² Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

seja, após produzida a prova, a cadeia de custódia permite que as partes conheçam o histórico do elemento probatório, tornando possível a aferição da autenticidade e da integridade (CALDEIRA, 2020).

A base principiológica que reputa a liberdade como um dos valores fundamentais do processo penal fixa limitações rígidas à prova penal, afastando-a do caráter absoluto e da noção de que a busca pela verdade pode ser efetuada desregradadamente (CALDEIRA, 2020). Por força disso, deve a prova ser subordinada a valores democráticos e a preceitos constitucionais e legais que a disciplinam (BADARÓ, 2019).

A verdade atua como relevante princípio regulador nos campos processual e probatório, ante a premissa de ser ela uma condição de decisão justa. Não significa, como ressaltado acima, que a persecução penal deve se dirigir a ferro e fogo à verdade absoluta. Apesar de inatingível, a verdade precisa ser buscada e, por essa razão, é necessário dela se aproximar na medida do possível, mas observados os limites legais.

O Estado Democrático de Direito e o Sistema Acusatório se vinculam à concepção de verdade relativa, a qual decorre da impossibilidade de se conhecer o que de fato ocorreu no passado (BADARÓ, 2019). O sistema processual penal brasileiro preza pela validade da prova e requer a adoção de trâmites que evitem surpresa das partes, ampliem o contraditório, observem a proibição de prova obtida por meios ilícitos e utilizem os meios adequados e idôneos para provar o que se pretende.

A busca da verdade efetuada em desacordo com a normatividade constitucional pode ter como resultado uma prova ilícita, conceituada como aquela

[...] colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade (GRINOVER; GOMES FILHO; SCARENCE, 2011, p. 127).

São exemplos de prova ilícita: as obtidas com violação do domicílio ou das comunicações, as adquiridas por meio de tortura ou de maus-tratos e as coletadas com transgressão da intimidade.

Ressalta-se que, a teor do artigo 157 do Código de Processo Penal³ e do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição⁴, são inadmissíveis as provas ilícitas, devendo ser desentranhadas do processo.

Em suma, as provas permitem o exercício do poder legítimo da jurisdição e a fundamentação das decisões a respeito da liberdade de um indivíduo. Em virtude disso, um elemento probatório destituído de credibilidade mínima em relação à sua origem ou caminho percorrido até o processo não deve ser utilizado para se chegar na verdade processual.

Vislumbra-se ser a cadeia de custódia mecanismo a serviço dos princípios constitucionais, considerada a garantia ao réu de que os elementos que instruem a acusação foram obtidos em conformidade com as formalidades previstas em lei e o sistema de garantias constitucionais.

Ante o exposto, a cadeia de custódia exerce, no ordenamento jurídico, o papel de instrumento que assegura aos acusados o direito ao devido processo legal, à ampla defesa, ao contraditório e à prova lícita. Essa função é resultado de procedimentos garantidores da autenticidade, rastreabilidade, confiabilidade e fidedignidade dos vestígios de prova coletados e examinados, os quais viabilizam o conhecimento completo das fontes de provas.

2.3 CONTORNOS LEGAIS DA CADEIA DE CUSTÓDIA

Adentrando nos dispositivos legais incorporados ao Código de Processo Penal, o artigo 158-A⁵ define o momento em que é detectada a existência do vestígio como o marco inicial da cadeia de custódia. Essa previsão pretende evitar alterações na cena do crime e a contaminação do vestígio.

³ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

⁴ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

⁵ Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

Além disso, o citado preceito atribui ao agente público a responsabilidade pela preservação dos elementos de potencial interesse para o processo que houverem sido por ele encontrados.

A Lei nº 13.964/2019 introduziu no Código de Processo Penal o artigo 158-E⁶, o qual determina a criação de Centrais de Custódia nos Institutos de Criminalística, com a finalidade de centralizar a custódia das provas submetidas à perícia. Cabe a esse Órgão manter serviços de protocolo; conter local de conferência, recepção, devolução de materiais e documentos; e possibilitar a seleção, a classificação e a distribuição de materiais. Logo, constitui espaço seguro e com condições ambientais que não interfiram nas características originais do vestígio.

Na central de custódia, a entrada e a saída de vestígio deverão ser protocoladas, anotando-se essas informações no inquérito que a ele pertence. Todas as pessoas que tiverem acesso ao material armazenado deverão ser identificadas e deverão ser registradas a data e a hora do acesso. Além disso, quando da tramitação do vestígio, todas as ações deverão ser assentadas, consignando-se a identificação do responsável pela tramitação, a destinação, o dia e horário da ação.

A Portaria nº 82/2014 da Secretaria Nacional de Segurança efetuou a divisão da cadeia de custódia em duas fases: externa e interna. A etapa externa abarca os procedimentos iniciais, inaugurando-se com a chegada das autoridades policiais no local do fato e perdurando até a entrega do material no lugar de realização da perícia. Estão incluídas nessa fase a preservação do local, a busca, o reconhecimento, a fixação, a coleta, o acondicionamento, o transporte e o recebimento do vestígio (MENEZES; BORRI; SOARES, 2018).

A etapa interna engloba os seguintes procedimentos: recepção e conferência; classificação, guarda e/ou distribuição; análise pericial; guarda e devolução; guarda para contraperícia e registro da cadeia de custódia (CALDEIRA, 2020). No tocante ao temporal, essas etapas são feitas a partir da entrada do vestígio no órgão pericial até a remessa, quando necessária, ao órgão requisitante da perícia, acompanhada do respectivo laudo pericial.

⁶ Art. 158-E. Todos os Institutos de Criminalística deverão ter uma central de custódia destinada à guarda e controle dos vestígios, e sua gestão deve ser vinculada diretamente ao órgão central de perícia oficial de natureza criminal.

A Lei nº 13.964/2019 não aderiu de forma expressa à classificação exposta acima, mas estabeleceu dez etapas da cadeia de custódia no artigo 158-B do Código de Processo Penal, tendo as descrito de forma minuciosa para nortear as condutas a serem adotadas pelos agentes públicos.

A primeira etapa do rastreamento do vestígio é o reconhecimento, ato por meio do qual se afere a relevância do elemento encontrado para a produção da prova pericial.

A fase seguinte consiste no isolamento, ação destinada a evitar a modificação do estado original do material e a preservar o ambiente imediato e mediato referentes aos vestígios e local de crime.

A terceira etapa é chamada de fixação. Nela ocorre a descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento.

A quarta etapa é a coleta, fase na qual o vestígio é recolhido para ser submetido a análise pela perícia, com respeito a suas características e natureza. Nos termos do artigo 158-C do Código de Processo Penal, essa fase deve ser realizada preferencialmente por perito oficial.

Em sequência, parte-se para a quinta etapa: o acondicionamento. Nela se efetua o acondicionamento do vestígio, de modo individualizado, para posterior análise, observando-se as características físicas, químicas e biológicas. Frisa-se ser obrigatório, conforme a lei, o registro da data, da hora e do nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento.

Segundo assevera Rodrigo Caldeira (2020), uma vez lacrado o recipiente ou a embalagem, a abertura será feita por perito responsável pela análise ou por pessoa autorizada. Na ficha de acompanhamento do vestígio deve haver o registro do nome e da matrícula do responsável pela abertura do lacre, a data, o local e o motivo da ruptura.

O transporte, sexta etapa da cadeia de custódia, é, como o próprio nome indica, o ato de transferência do vestígio de um local a outro, respeitadas as condições adequadas de locomoção.

A sétima etapa é o recebimento, ato pelo qual a posse do vestígio é transferida. A Lei nº 13.964/2019 tornou obrigatória a documentação do mencionado ato, sendo necessário o registro das informações alusivas ao número do procedimento e da respectiva unidade de polícia judiciária, local de origem, nome do responsável pelo transporte, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu.

Em seguida, parte-se para a oitava fase: o processamento. Nessa etapa serão realizados o exame e o laudo pericial em si, devendo a manipulação do vestígio observar a metodologia adequada às características biológicas, físicas e químicas do material.

A nona fase é o armazenamento, procedimento relativo à guarda, em condições propícias, do material a ser processado, descartado, transportado ou guardado para realização de contra perícia.

A décima e última é o descarte, procedimento de liberação do vestígio, o qual é realizado com observância à legislação vigente e, quando previsto em lei, mediante autorização judicial.

Os dispositivos legais incorporados no Código de Processo Penal evidenciam a intenção do legislador de criar um procedimento cauteloso e transparente de guarda e armazenamento do elemento de prova.

A Lei nº 13.964/2019 foi sintética ao implementar a cadeia de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em conta o estabelecimento de procedimento geral e que não trata das especificidades dos variados tipos de elemento de prova existentes.

Um dos desdobramentos dessa opção legislativa é a incompatibilidade dos preceitos incorporados no Código de Processo Penal com os elementos probatórios de caráter eletrônico coletados por meio de interceptações telefônicas e telemáticas e busca e apreensão em celulares e computadores.

Outra consequência da sinteticidade é a ausência de regulamentação das consequências derivadas da quebra da cadeia de custódia da prova penal.

2.4 A IMPORTÂNCIA DA CADEIA DE CUSTÓDIA PARA OS MÉTODOS OCULTOS DE INVESTIGAÇÃO

O artigo 158-A, *caput*, do Código de Processo Penal aponta o vestígio coletado em locais ou em vítimas como o objeto da cadeia de custódia. O parágrafo terceiro do mencionado dispositivo legal apresenta um conceito restrito de vestígio, definindo-o como “todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal” (BRASIL, 1941).

No âmbito da ciência forense, o vestígio é conceituado como o “objeto ou material bruto constatado e/ou recolhido em local de crime ou presente em uma situação a ser periciada e que será analisado posteriormente” (VELHO; GEISER; ESPINDULA, 2017, p. 11).

Apesar de a cadeia de custódia estar relacionada, no âmbito da lei e da ciência forense, à prova cujo meio de obtenção seja o exame de corpo e delito ou a perícia, sua aplicação deve ser estendida a outras provas, porquanto a adoção de conceitos tão limitados é incompatível com a relevância da prova para o processo penal.

A guarda e a manutenção de provas reais faz surgir a indispensabilidade da adoção de procedimentos de controle destinados a garantir a integridade e a autenticidade da coisa a ser valorada pelo juízo (BADARÓ, 2017).

À luz do princípio da ampla defesa e do direito à prova lícita, não se pode deixar de documentar a cronologia do elemento de prova adquirido com outros meios probatórios pelo fato da lei ter adotado definições de caráter estreito (MATILDA, 2020).

Seguindo esse raciocínio, Gustavo Badaró (2017, p. 522) leciona que:

Também se poderá pensar na cadeia de custódia nos casos de coleta ou apreensão de elementos imateriais registrados eletronicamente, como o conteúdo de conversas telefônicas ou de transmissão de e-mails, mensagens de voz, fotografias digitais, filmes armazenados na internet etc, será necessário a documentação da cadeia de custódia.

Toda vez que a investigação envolver a coleta, o armazenamento ou a análise de fontes de provas reais, isto é, coisas, será necessária a adoção de determinados cuidados, para garantir sua autenticidade e integridade no sentido de que o objeto levado ao processo para ser valorado pelo juiz é exatamente a mesma coisa tal qual encontrada e apreendida.

A compreensão da importância da cadeia de custódia para a interceptação telefônica e da extensão daquele instituto para outros tipos de prova requer, a priori, a compreensão do conceito “métodos ocultos de prova”.

Segundo Geraldo Prado (2014), tal conceito designa providências cautelares destinadas a coletar informações sobre a existência de fatos penalmente relevantes. O uso desses métodos é justificado pelo argumento de que os elementos probatórios não poderiam ser obtidos em momento posterior, ante o risco de perecimento derivado do fator tempo.

Incluem-se nesse grupo: a interceptação de comunicação telefônica e telemática, a busca e apreensão de mensagens de correio eletrônico armazenadas em servidor (busca e apreensão virtual), o compartilhamento de dados de localização de aparelho de celular, a interceptação ambiental domiciliar de conversas entre pessoas presentes, etc (MALAN, 2016).

Os métodos ocultos são, em sua maioria, desdobramentos da introdução da tecnologia no sistema no processo penal e normalmente geram elemento probatório de caráter eletrônico. Os dados digitais coletados por meio deles são considerados sensíveis por conterem, concomitantemente, informações de interesse da investigação criminal e outras referentes à esfera privada do investigado.

A forma de armazenamento e manipulação desses elementos impõem providências adicionais na preservação da cadeia de custódia da prova, o que a diferencia em grau de complexidade e relevância normativa da cadeia de custódia presente no Código de Processo Penal (PRADO, 2021).

O emprego dos mencionados métodos é controverso no âmbito doutrinário por mitigar, além de outras garantias, a intimidade, a vida privada, a não autoincriminação, o direito ao silêncio e a paridade de armas.

Segundo Manuel Monteiro Guedes Valente (2015), os métodos ocultos constituem ingerência na interação e na comunicação de pessoas visadas, fazendo com que o não conhecimento delas acerca do monitoramento as levem a produzir provas contra si.

Em que pese o artigo 155 do Código de Processo Penal⁷ versar a impossibilidade de o juiz fundamentar a decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, o citado dispositivo ressalva a possibilidade uma eventual sentença condenatória ser embasada apenas em provas cautelares,

⁷ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

não repetíveis e antecipadas, dentre as quais a interceptação telefônica. Como efeito, atribui-se ao elemento produzido em mero ato de investigação o *status* de ato prova valorável na sentença, dispensando-se a repetição em juízo (LOPES JR., 2020).

A norma citada enfraquece o direito fundamental ao contraditório em decorrência da informação ser produzida e submetida à valoração judicial sem manifestação da defesa, a quem resta, no máximo, o contraditório diferido (SANTORO; TAVARES; GOMES, 2017).

No tocante ao tipo de elemento probatório derivado dos métodos ocultos e do grau de confiabilidade atribuído a eles na fase processual, Geraldo Prado (PRADO, 2014, p. 73) leciona:

O <<meio>>, a mídia que abriga os arquivos digitais, cuja codificação 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.

Enquanto as antigas provas ditas materiais (armas, documentos, drogas, etc.) devem ser mantidas intocadas para que as partes possam, sob o crivo do contraditório judicial, verificar sua autenticidade, submetendo-as portanto a contraprova, o meio digital estaria salvo dessa confrontação. O máximo que se supõe duvidoso é a interpretação sobre as cenas transmitidas.

O combate à criminalidade incentiva a adoção desses meios de investigação e de prova em razão de uma suposta veracidade inquestionável das informações por eles coletadas. Passe-se a compreender os elementos colhidos por meios ocultos como infalíveis, atribuindo-se a eles uma espécie de presunção de autenticidade.

Em meio a esse panorama, as inovações tecnológicas que servem de suporte aos métodos ocultos e as provas obtidas com meios de prova e de investigação dessa natureza devem ser objeto de questionamento pelas partes e consideradas passíveis de manipulação, sob pena de comprometer a rede de garantias constitucionais protetoras do axioma *nulla poena sine probatione* (PRADO, 2014).

Acerca do assunto, Geraldo Prado (2014, p. 59) pontua a desproporcionalidade existente entre o avanço dos meios de prova e de investigação invasivos e a criação de mecanismos protetores dos direitos individuais das pessoas que são alvos deles:

As práticas penais do gênero tendem a violar o âmbito essencial de configuração da vida privada e a legalidade não se desenvolve na mesma velocidade para estipular critérios e definir mecanismos que protejam esse âmbito essencial contra as intrusões repudiadas constitucionalmente.

Os argumentos acima não visam abolir a utilização de métodos ocultos advindos da tecnologia. O que se pretende é demonstrar a necessidade de que o emprego deles esteja atrelado e adaptado a mecanismos limitadores de resguardo dos direitos constitucionais, como, por exemplo, a cadeia de custódia (CASTILLHOS; ANDREOLLA; JÚNIOR, 2018).

A preservação da cadeia de custódia da prova se insere nesse cenário como técnica de certificação da idoneidade dos elementos, devendo responder a questionamentos sobre: (1) a integralidade, de modo a atestar se o material apresentado como prova preserva as características originais que continha quando foi obtido; (2) a espoliação, que viabiliza aferir a presença de alterações intencionais no material ou a destruição total ou parcial dele; e (3) a volatilidade, que permite verificar se o elemento é passível de alteração por fatores mecânicos, ambientais ou temporais (PRADO, 2021).

Perante o exposto, a cadeia de custódia se torna ainda mais significativa para as provas obtidas mediante métodos ocultos por propiciar para as partes que não acompanharam a produção do elemento probatório o conhecimento acerca de como ele foi coletado, recebido, processado, armazenado e descartado.

3 A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA OBTIDA MEDIANTE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Interceptação telefônica designa a captação de conversa telefônica entre dois ou mais interlocutores por terceiro, sem o conhecimento ou anuência de qualquer dos envolvidos na comunicação (PRADO, 2006).

No tocante à natureza jurídica, ela será, em regra, cautelar e meio de investigação se for determinada na investigação criminal e se destinar à aquisição e preservação de provas. Entretanto, terá natureza jurídica de meio de prova caso a execução da medida seja deferida no desenvolvimento do processo penal (PRADO, 2006).

O caráter excepcional da interceptação decorre do artigo 5, inciso XII, da Constituição⁸, a prever a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas, telegráficas e de dados. Para ser realizada deve haver ordem judicial e observância dos procedimentos legais, bem como se dirigir para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A mitigação do sigilo das comunicações é desdobramento do direito fundamental à segurança e embasada no interesse público, consubstanciado no interesse da Justiça pela descoberta da verdade real e repressão de delito (GOMES; MACIEL, 2018).

O citado artigo 5, inciso XII, da Constituição é regulamentado pela Lei nº 9.296/1996. Essa lei regulamentadora é silente quanto ao procedimento a ser realizado para interceptar comunicações telefônicas e telemáticas, limitando-se a prever, no seu artigo 5⁹, a necessidade de a decisão por meio da qual determinada a medida cautelar ser fundamentada e de o juiz, nela, indicar a forma de execução. A opção do legislador de atribuir ao magistrado o dever de definir os procedimentos de

⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 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;

⁹ 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.

execução da diligência insere a interceptação telefônica no grupo dos meios de investigação e de prova atípicos¹⁰.

A Resolução nº 59, de 09 de setembro de 2008, do Conselho Nacional de Justiça criou o Sistema Nacional de Controle de Interceptações Telefônicas e estabeleceu, no plano administrativo, o procedimento dos pedidos de interceptação, a padrão das decisões judiciais relativas a eles, a forma de encaminhamento dos ofícios às concessionárias de serviço público e o dever de zelo no tratamento das informações coletadas. Além disso, a Resolução nº 36/2009 do Conselho Nacional do Ministério Público apresenta disposições semelhantes ao dispor sobre a formulação do pedido e a condução de interceptações. Entretanto, tais normas não contêm regras referentes à cadeia de custódia.

De acordo com dados do Painel do Sistema Nacional de Controle de Interceptações Telefônicas do Conselho Nacional de Justiça, entre os anos de 2015 e 2020 foram proferidas pelos órgãos do poder judiciário brasileiro 39.420 decisões por meio das quais determinada a quebra de sigilo das comunicações telefônicas, sendo 35,5% pela via incidental e 64,5% de forma cautelar. Tais dados permitem aferir que, apesar de ser medida excepcional, a interceptação telefônica se destaca como método de coleta de elementos cognitivos.

Geraldo Prado afirma ser a interceptação telefônica objeto de um processo de banalização cujo efeito é o “festival de ilegalidades rudimentares e elementares, e de práticas inconstitucionais, inadmissíveis no contexto de um conhecimento jurídico básico” (PRADO, 2021).

O elemento probatório gerado pela interceptação telefônica é de natureza eletrônica, como dito no capítulo anterior, razão pela qual é suscetível à manipulação, apagamento total ou parcial, eventos dos mais variados tipos.

Esse fato e a grande quantidade de interceptações telefônicas realizadas revelam a primordialidade de procedimentos específicos destinados à garantia da integridade e autenticidade dos elementos probatórios, para além dos cuidados conhecidos para a custódia dos vestígios físicos (CALDEIRA, 2020).

¹⁰ Existem duas concepções quanto à atipicidade da prova: a restritiva e a ampliativa. A primeira compreende a prova atípica como aquela não prevista ou não mencionada pela lei. A segunda acresce à noção de prova atípica da primeira corrente as provas que, apesar de previstas e nominadas na legislação, não tiveram o próprio procedimento probatório fixado em lei (DEZEM, 2008). Adota-se no presente trabalho a segunda posição.

A par disso, serão abordadas as disposições legais atinentes à interceptação telefônica para compreender o nível de existência da cadeia de custódia nesse cenário.

3.1 REGRAMENTO LEGAL DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

O artigo 1º da Lei nº 9.296/1996 condicionada a realização de interceptação de comunicações telefônicas, em investigação criminal e em instrução processual penal, à ordem do juiz competente da ação principal e à tramitação sob sigilo de justiça.

O artigo 2º da Lei nº 9.296/1996 prevê pressupostos mínimos para utilização da medida, os quais consistem na presença de indícios razoáveis da autoria ou participação, na indisponibilidade de meios diversos e na apuração de crime punível com pena de reclusão. O objetivo do dispositivo é ressaltar a excepcionalidade da interceptação telefônica, de forma a evitar que ela seja empregada em qualquer caso e sem critérios seguros.

Conforme exposto acima, a interceptação telefônica é, quando realizada na etapa de inquérito, medida cautelar preparatória e, se feita durante a instrução, medida cautelar incidental. Antônio Scarence Fernandes (2010) ensina estar a interceptação, em ambos os casos, sujeita aos seguintes requisitos básicos das medidas dessa natureza: *fumus boni iuris* ou *fumus commissi delicti* – aparência de cometimento do delito – e o *periculum in mora* – perigo de perda prova em razão da demora em se tomar uma providência.

O parágrafo único do artigo 2º torna necessária a descrição clara da situação objeto da investigação e a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta e devidamente justificada. Nesse sentido, incumbe à autoridade apontar, de maneira individualizada, os crimes apurados e os supostos criminosos.

O artigo 3º da Lei nº 9.296/1996 permite a implementação da interceptação telefônica na etapa de investigação mediante representação da autoridade policial ou requerimento do promotor de justiça durante a investigação ou o processo. Admite, ainda, que a interceptação seja determinada de ofício pelo juízo.

Os artigos 4º, 5º, 6º, e 7º prevê as três fases do procedimento cautelar: postulatória, decisória e executória. A observância de cada uma dessas etapas é imprescindível para que a diligência dê ensejo a uma prova lícita e legítima¹¹, sob pena de ter questionada a sua existência e validade (GOMES; MACIEL, 2018)

O artigo 4º da Lei nº 9.296/1996 estabelece os componentes básicos do pedido de interceptação. Deve-se demonstrar, dentre outras coisas, que a realização da diligência é necessária para averiguação do delito e indicar os meios a serem empregados para executá-la.

De acordo com Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel (2018, p. 166):

A indicação “dos meios a serem empregados” significa a demonstração da forma como se dará a interceptação; o tipo de aparelho ou tecnologia que será utilizada; como funcionarão e se serão, ou não, requisitados os serviços técnicos especializados às concessionárias de serviço público (art. 7.º); como dar-se-á a gravação (art. 6.º); de que forma será executada a captação da comunicação (art.5.º) etc.

Os elementos básicos supramencionados não bastam para requerer a interceptação telefônica, porquanto, segundo com Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel (2018), o requerimento deve conter, atendendo o artigo 2º da Lei nº 9.296/1996, indícios de autoria ou participação, menção a provas reveladoras da existência do crime, o delito punível com pena de reclusão, descrição clara da situação objeto da investigação, qualificação do(s) sujeito(s) passivo(s), linha(s) telefônica(s) a ser(em) interceptada(s) e duração ideal da captação.

A teor dos parágrafos do artigo 4º, é possível formular o requerimento de forma verbal se o juízo autorizar, mas o deferimento é condicionado à redução a termo. Ademais, consoante o parágrafo segundo o pedido de interceptação deverá ser examinado pelo magistrado competente dentro do prazo de 24 horas.

Além do que foi dito anteriormente acerca do artigo 5º, cumpre acrescentar que a interceptação não poderá exceder o prazo de quinze dias, a contar da data na qual a medida é implementada. É possível a renovação por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

¹¹ A doutrina fragmenta o gênero provas vedadas em ilícitas e ilegítimas. Caso a prova seja coletada em desobediência às normas de direito processual será tida como ilegítima. Na hipótese de a prova ser obtida com violação às normas ou princípios de direito material ela será ilícita (BONARCCORSI, 2014).

Nos termos do artigo 6º da Lei nº 9.296/1996, após deferido o pedido, caberá à autoridade policial conduzir os procedimentos da interceptação e dar ciência ao Ministério Público, a fim de que este possa acompanhar a execução. Frisa-se ter o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso em *habeas corpus* nº 62.067/SP, relator o ministro Jorge Mussi, assentado a possibilidade de o Ministério Público liderar a realização da diligência caso seja o responsável direto pelas investigações.

O parágrafo primeiro desse dispositivo prescreve o dever de transcrever a comunicação interceptada caso a conversa tenha sido gravada. A técnica adota aparenta condicionar a gravação à viabilidade técnica de sua realização (GOMES; MACIEL, 2018).

O Superior Tribunal de Justiça entende não haver necessidade de degravação dos diálogos objeto de interceptação telefônica, em sua integralidade, visto inexistir tal previsão na Lei nº 9.296/1996. Gustavo Badaró (2018) defende que o avanço tecnológico tornou inaceitável a utilização de mecanismos interceptadores de comunicações telefônicas que não façam a gravação.

O parágrafo segundo, por sua vez, determina o encaminhamento do resultado da interceptação e do auto circunstanciado ao juízo após a realização da diligência.

Consoante as lições de Gustavo Badaró (2018), não se pode confundir o resultado da interceptação com o auto circunstanciado. Este designa a integralidade das comunicações telefônicas feitas no período. Aquele é um relatório contendo o resumo descritivo das operações.

A autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados para concessionárias de serviço público visando a execução da interceptação telefônica, segundo artigo 7º. Consoante leciona Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel (2018), a requisição acabou se tornando regra, apesar de a lei prever o caráter facultativo. Essa tendência deriva do fato de a polícia judiciária, em sua maioria, não dispor de meios próprios e adequados para interceptar conversas telefônicas. Consoante será exposto, essa prática suscita questionamentos.

Segundo Antonio Santoro, Natália Tavares e Jefferson Gomes (2017), a leitura dos artigos 6º, parágrafo primeiro, e 7º da Lei nº 9.296/1996 permite aferir a inclusão de dois agentes externos no âmbito da execução da interceptação telefônica: as concessionárias de serviço público de telefonia e provedores de acesso, bem como

o sistema de tecnologia da informação (TI) responsável por viabilizar a realização da diligência e tratar os dados coletados nos monitoramentos das conversas.

Destaca-se que o termo “requisitar” deve ser interpretado como “exigir”, tendo em conta a impossibilidade de a solicitação ser recusada pelas operadoras de telefonia, porquanto o descumprimento injustificado da requisição enseja responsabilidade criminal por desobediência (GOMES; MACIEL, 2018).

O artigo 8º do referido diploma legal diz que interceptação de comunicação telefônica ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou ao processo criminal, de forma a preservar o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas. A autuação da interceptação nesses moldes visa preservar o sigilo e resguardar o poder público, o investigado e terceiros que tenham se comunicado com ele (GOMES; MACIEL, 2018).

O parágrafo único do artigo 8º estabelece que o apensamento deve ocorrer no momento imediatamente anterior ao relatório final da autoridade policial ou à sentença final do processo.

Por fim, o artigo 9º prevê a inutilização da gravação que não interessar à prova, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, ante requerimento do Ministério Público ou da parte interessada. Tal dispositivo prescreve, também, a necessidade de a destruição ser determinada em decisão judicial. A seleção final das transcrições e gravações interessantes à prova cabe ao juízo, não podendo a autoridade policial e o representante do Ministério Público selecionar o que deve ser inutilizado (GOMES; MACIEL, 2018)

Antecipa-se que o dispositivo supracitado dá ensejo a muitas ações versando a quebra da cadeia, conforme será exposto.

Uma vez vistos todos os dispositivos legais regentes da interceptação telefônica, é possível visualizar que a Lei nº 9.296/1996 não aborda minuciosamente as tarefas dos agentes estatais e externos envolvidos na diligência e não contém disposições a versarem a cadeia de custódia.

Isso, porém, não afasta, consoante exposto no primeiro capítulo, o dever de preservação do elemento probatório coletada por interceptação telefônica, porquanto ele deve existir independentemente de previsão expressa nas regras processuais penais.

3.2 SISTEMAS UTILIZADOS PARA EXECUTAR A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Confirmada a ausência de parâmetros legais dispendo acerca da cadeia de custódia da interceptação telefônica, faz-se necessário conhecer os sistemas de tecnologia da informação usados para executar a diligência, a fim de saber a existência de rotinas internas voltadas a resguardar a autenticidade e integridade dos dados colhidos.

Em regra, a interceptação telefônica é realizada a partir da conjunção de dois sistemas: um operado pelas operadoras de telefonia e outro pelas autoridades públicas – polícia judiciária ou ministério público – responsáveis pela investigação.

As concessionárias de serviço público, por meio do Sistema Vigia, da empresa SunTech, criam uma espécie de segundo canal, além do que pertence aos interlocutores da comunicação, para desviar a chamada telefônica e redirecioná-la, juntamente com os dados a ela relativos, para o sistema passivo de monitoramento – operado pelas autoridades públicas e encarregado de receber e armazenar os dados objeto de monitoramento (SANTORO; TAVARES; GOMES, 2017).

De acordo com a Suntech (2015 apud SILVA FILHO, 2015), o Sistema Vigia constitui uma solução completa para o gerenciamento de todo o processo de interceptação legal e retenção de dados para qualquer serviço ou subsistema de comunicação de qualquer tecnologia ou fornecedor.

O sistema passivo envolvido na execução da diligência é adquirido e manipulado pela Polícia ou pelo Ministério Público. O principal *software* utilizado pelas autoridades públicas brasileiras para receber e armazenar dados provenientes da diligência é o Guardiã, da empresa Digitro. Segundo essa empresa, o Sistema Guardiã monitora dados e voz, assim como oferece recursos avançados de análise de áudio e identificação de locutores (DIGITRO, 2015 apud SILVA FILHO, 2015).

Em suma, ele coleta os áudios e gera os relatórios resultantes das interceptações (SILVA FILHO, 2015).

De acordo com Lorenzo Parodi (2020, *online*):

O produto de todos estes sistemas é um conjunto de arquivos de áudio (em alguns casos criptografados) e de relatórios (em diversos formatos) que relacionam tais arquivos de áudio com as interceptações realizadas,

especificando, entre outros, o número interceptado, o número remoto, data e hora, duração da ligação.

Consoante exposto, atribui-se a ele a qualificação de “passivo” por precisar de mecanismos das operadoras de telefonia para obter acesso às comunicações (SANTORO; TAVARES; GOMES, 2017).

Adentrando no funcionamento desses sistemas, após deferida pelo magistrado a execução da interceptação telefônica, o sistema Guardião é programado a fim de criar um canal de desvio para cada número de telefone a ser monitorado. Feito isso, o Sistema Guardião está pronto para registrar, de forma passiva, os áudios desviados pela concessionária de serviço público de telefonia por meio do Sistema Vigia (SILVA FILHO, 2015).

Em seguida, encaminha-se à concessionária de serviço público de telefonia o ofício e o mandado judicial, no qual informado o período, os números a serem interceptados e os canais de desvio para aos quais os áudios deverão ser remetidos (SILVA FILHO, 2015). Após configurados os desvios, o *software* Guardião passa a receber os áudios e os respectivos dados. Uma vez finalizado o prazo da interceptação, a operadora encerra o desvio.

Essa dinâmica revela o exercício de um papel central pelas concessionárias de serviço público de telefonia, tendo em conta operarem o sistema ativo, responsável por, de fato, efetuar a interceptação e o desvio da chamada. Assim, no plano concreto, o controle de quem será objeto de interceptação e a duração da diligência é feito pelas concessionárias de serviço público de telefonia, pois são elas que criam, iniciam e finalizam a duplicação do canal de desvio de chamadas ou dados (SANTORO; TAVARES; GOMES, 2017).

Nas palavras de António Santoro, Natália Tavares e Jefferson Gomes (2017), isso configura contrariedade aos preceitos da Lei nº 9.296/1996, a preverem que a interceptação deve ser conduzida pela autoridade policial.

O panorama exposto levou Santoro, Tavares e Gomes (2017) apontarem que, a despeito das operadoras de telefonia serem agentes proeminentes no âmbito da execução da medida cautelar de interceptação, o ordenamento jurídico não estabeleceu a mínima regulamentação dos atos a serem seguidos por elas nem se dispôs a debater adequação ou inadequação do papel central que elas exercem na investigação criminal.

No tocante às falhas do *software* Guardiã, António Santoro, Natália Tavares e Jefferson Gomes (2017, p. 625) explicam que as ligações telefônicas e os respectivos dados a eles direcionados pelas operadoras de telefonia são armazenados em um banco de dados relacional, de modo que

O Hard Disk (HD) em que ficam armazenados os áudios é diverso daquele em que estão armazenados os dados (metadados), mas são relacionados de tal forma que para cada áudio há os correspondentes dados dos metadados que, quando acionados remetem por hiperlink diretamente ao áudio vinculado.

A adoção de banco relacional pode acarretar a exclusão de áudios no sistema Guardiã quando realizada qualquer modificação de dados relacionados a um determinado áudio, de modo a ocorrer o denominado apagamento lógico¹².

Conforme dito, o Guardiã é manuseado por meio de computadores administrados pelas autoridades públicas responsáveis pela interceptação. Esses equipamentos dispõem de limitada capacidade de armazenamento de arquivos e são utilizados em distintas e concomitantes interceptações telefônicas de diferentes investigações, de modo a ocasionar o esgotamento do espaço disponível para gravação (PARODI, 2020). Excedida a capacidade do Guardiã, os arquivos de áudio e os respectivos relatórios criptografados são transferidos para outros equipamentos de armazenamento.

Destaca-se que o excedimento da capacidade do disco rígido de armazenamento, sem que tenha sido feita a transferência do material, alinhado a não realização de *backup* pode gerar a sobrescrição – gravação por cima – dos áudios e a, conseqüente, a perda definitiva deles, no todo ou em parte, antes de serem levados ao processo criminal (SANTORO; TAVARES; GOMES, 2017). Nesse caso, os áudios são perdidos por erro humano na execução da medida e na operação do sistema.

Ademais, os sistemas passivos são questionados sob a ótica da possibilidade de auditoria por parte da defesa. A perícia dos áudios originais e dos dados relativos a eles pode ser prejudicada pela criptografia e compactação a que são submetidos os

¹² Consoante explicitado por António Santoro, Natália Tavares e Jefferson Gomes (2017, p. 626), ocorre apagamento lógico quando “não havendo mais relação entre dados e áudio o acionamento do *hyperlink* não será direcionado ao áudio e, portanto, o áudio fisicamente existe, mas não é encontrado”.

materiais, sendo necessária a utilização do *software* proprietário – Guardiã – para lê-los ou escutá-los. Acerca do tema Lozenzo Parodi (2020) explica que:

O processo de análise de um arquivo de áudio, visando comprovar sua integridade, envolve, entre outros, o estudo detalhado, em escala de milissegundos, da forma de onda (*waveform*) e da análise de Fourier, além da análise dos metadados disponíveis no arquivo. Todos estes procedimentos requerem o uso de ferramentas que operam somente em arquivos de áudio que utilizem formatos padronizados e abertos. Não podem ser utilizadas em arquivos criptografados.

Ressalta-se que tal *software* Guardiã permite realizar o cadastro de dados alusivos ao nome e número de telefone dos indivíduos a serem monitorados e do alvará judicial contendo a data da expedição e o período da interceptação.

Em que pese isso, o sistema operado pelas autoridades públicas não efetua o bloqueio do recebimento de chamadas direcionadas após decurso do prazo determinado pelo juízo, ficando este controle sob a responsabilidade das concessionárias de serviço público de telefonia (SANTORO; TAVARES; GOMES, 2017).

Antônio Santoro, Natália Tavares e Jefferson Gomes (2017) sublinham a inexistência de mecanismos de resguardo da cadeia de custódia no âmbito do sistema Guardiã. Mas segundo eles, o uso conjunto dos *logs* de eventos – contendo informações estratégicas quanto à execução do *software*, dos *logs* de gravação – fornecem o histórico de gravações e eventuais problemas no processo de conversão das gravações – e do histórico de *backups* poderia viabilizar a documentação e o registro cronológico do elemento probatório, inobstante tais mecanismos não se destinarem a essa finalidade (SANTORO; TAVARES; GOMES, 2017).

Há, entretanto, dois óbices para a utilização de tais funcionalidade no rastreamento das fontes de prova: inexistência decisões judiciais mediante as quais autorizado à defesa o acesso ao sistema de *logs*; e o fato de que o rastreamento dos *logs* apenas concederia informações acerca da operação até o momento do *backup*, de modo que após o *backup* seria irrastreável a manipulação do elemento de prova seria (SANTORO; TAVARES; GOMES, 2017).

Ainda que tais funcionalidades propiciassem o rastreamento das etapas de execução da medida cautelar de interceptação, o rastreamento de toda a cadeia de custódia demandaria estabelecimento de procedimentos reguladores do momento posterior ao *backup*, o que não existe (SANTORO; TAVARES; GOMES, 2017).

Diante das falhas presentes no sistema, não se pode adotar a concepção de que a apresentação da mídia em que se encontram gravados os arquivos de áudio são suficientes para demonstrar a idoneidade do elemento probatório e do procedimento realizado para obtê-lo. A par disso, deve-se franquear à defesa o acesso não só ao material produzido, mas também ao sistema de recepção e armazenamento das ligações telefônicas e dados interceptados. Entretanto, segundo Antônio Santoro, Natália Tavares e Jefferson Gomes (2017), este é negado sob a justificativa de que seria colocado em risco o sistema e o sigilo de outras operações.

Em um contexto no qual se vislumbram falhas no sistema de armazenamento de dados obtidos em um método oculto de obtenção de provas, é fundamental a fixação de critérios legais voltados à preservação da cadeia de custódia e à manutenção integral dos elementos armazenados eletronicamente a fim de viabilizar realização de análises periciais, a ampla defesa da parte, bem como o aferimento da efetiva data e hora de interceptação e da presença de eventuais montagens e cortes.

Verificada a ausência de protocolos legais e de procedimentos dos sistemas de tecnologia da informação destinados a conceber a cadeia de custódia da prova coletada mediante interceptação telefônica, mostra-se patente a necessidade de estruturação, pelo legislador, de protocolos e de etapas da cadeia de custódia do mencionado método oculto.

Apenas assim será possível assegurar à acusação e à defesa o conhecimento do caminho percorrido pelo elemento probatório, desde a coleta mediante sistema digitais até a análise das informações em juízo.

4 QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA OBTIDA POR MEIO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

O presente capítulo se volta para a quebra da cadeia de custódia, para o exame do que conduz ao seu rompimento, para as consequências da ruptura e para a visão dos Tribunais Superiores acerca do instituto.

A Lei nº 13.964/2019, apesar de estabelecer o objeto e as etapas da cadeia de custódia, foi silente quanto às consequências geradas pela quebra da cadeia de custódia da prova.

Consoante exposto no primeiro capítulo a cadeia de custódia da prova é essencial à reconstrução dos fatos e ao devido processo legal. Esse instituto integra os procedimentos adotados desde a localização do elemento probatório até o trânsito em julgado da decisão judicial.

Entende-se como quebra da cadeia de custódia o descumprimento de procedimentos de guarda, processamento e documentação, a adulteração, a filtragem ou o extravio da prova ou de parte dela (SOUZA; VASCONCELLOS, 2020).

O fato de o processo penal impor aos indivíduos consequências jurídicas mais graves do ordenamento jurídico e colocar em jogo o direito fundamental à liberdade ocasiona a necessidade de o lastro probatório que ampara as decisões judiciais – em especial sentenças condenatórias ou absolutórias – ser extremamente rigoroso e cauteloso.

A quebra da cadeia de custódia – ou a falta de validação da sua ocorrência – acarreta dúvida razoável acerca da mesmidade da prova, ou seja, se ela é idêntica à que foi coletada na investigação. A ocorrência da ruptura dificulta o rastreamento do percurso da prova e pode influenciar todo o conjunto probatório, de modo a refletir diretamente no entendimento do magistrado quanto aos fatos e, talvez, ocasionar um julgamento injusto com violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

No tocante aos efeitos da quebra da cadeia de custódia Geraldo Prado (2014, p. 87) ensina conduzir a quebra da cadeia de custódia à ilicitude probatória com proibição de valoração e conseqüente exclusão física da prova e das que dela derivam:

[...] a supressão indevida de elementos informativos opera efeito impeditivo de emprego das informações remanescentes, que carecem de suficiência probatória. O material probatório remanescente está afetado pela referida quebra e configura prova ilícita, pois não há como sujeitá-lo, adequadamente, aos procedimentos de comprovação e refutação.

Aury Lopes Júnior (2020, p. 660) compartilha do mesmo entendimento e vai além ao rejeitar o emprego do conhecimento ilicitamente obtido para produzir outras provas válidas e autônomas em relação a que tenha natureza ilícita:

[...] a contaminação deve ser ponderada através da causalidade naturalística ou da causalidade normativa. A primeira (naturalística) faz com que toda prova derivada (nexo causal físico, naturalístico) seja necessariamente declarada ilícita e excluída do processo. Já a causalidade normativa interdita o emprego do conhecimento obtido pela prova ilícita para interpretar provas aparentemente produzidas sem uma filiação direta e imediata com a prova declarada ilícita.

Para os mencionados autores, o descumprimento da cadeia de custódia, é questão de situada no plano da admissibilidade, descrita por Antônio Magalhães Gomes Filho (1999, p. 252) como:

[...] conceito de direito processual e consiste numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de prova reputados inidôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos.

Lia Andrade de Souza e Vinicius Gomes Vasconcelos (2020, p. 44) justificam a ilicitude da prova no fato de a manipulação irregular torná-la irrastreável:

O tratamento de ilicitude dado às provas cuja cadeia de custódia foi quebrada se dá em razão de o rompimento dos elos da cadeia levar à sua irrastreabilidade, o que gera dúvidas razoáveis acerca de sua idoneidade, afinal, “se eu desconheço a proveniência daquela prova, eu desconheço por quem aquela prova passou e o que foi feito com ela, nada impede que seja ela objeto de manipulação e seleção unilateral de provas [...]”.

Em suma, na concepção dessa vertente, a ruptura da cadeia de custódia e a impossibilidade de repetição, tornam impossível o exercício do contraditório pela parte, a qual deixa de ter acesso à cronologia do elemento probatório. Assim, a impossibilidade de rastreio resulta na perda da confiabilidade e no comprometimento de princípios constitucionais.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça adotou a ótica defendida pelos autores citados acima ao decidir, no *habeas corpus* nº 160.662/RJ, que as mensagens eletrônicas e os áudios descartados pela autoridade policial não poderiam ser valorados pelo juízo competente, ante a configuração como prova ilícita e violação do contraditório e da ampla defesa.

O *habeas corpus* nº 160.662/RJ foi impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça sob o argumento, dentre outros, de haver desaparecido parcela considerável dos áudios telefônicos e e-mails interceptados, ante o fato de a Polícia Federal tê-los apagado de forma unilateral.

Segundo os impetrantes, a exclusão ocorreu sem que a defesa, o Ministério Público ou o Poder Judiciário tivessem conhecimento do material ou exercessem qualquer espécie de controle ou fiscalização sobre ele. Assim, segundo articulado na inicial, a ausência de acesso às fontes de prova impediu os acusados de exercerem plenamente o contraditório e a ampla defesa e de saberem da existência de elementos capazes de conduzir à absolvição sumária.

A defesa apontou a ausência de 68 ligações no material fornecido pela polícia, mediante o cotejo de dados presentes na conta telefônica detalhada do investigado e do conjunto de áudios gravados, o que a levou a requerer o reconhecimento da ilicitude de todo o material probatório obtido com as interceptações telefônica e telemática (SOUZA; VASCONCELLOS, 2020).

Destaca-se ter sido juntada ao processo certidão por meio da qual atestada ausência de áudios relativos à ligações telefônicas originadas de determinada linha entre os dias 10 a 12 de novembro de 2008 e constantes do extrato telefônico.

Ao examinar a impetração, em 18 de fevereiro de 2014, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça assentou ser reflexo do princípio da ampla defesa o direito do acusado à disponibilização da integralidade de mídia, contendo o inteiro teor dos áudios e diálogos interceptados. Entendeu-se pela imprescindibilidade da preservação integral do material colhido mediante interceptação, ante o fato dele não se dirigir apenas aos interesses do Órgão de Acusação e ser essencial para o exercício da ampla defesa e para a efetiva refutação da tese acusatória.

Consignou-se, também, constituir constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações telefônica e telemática, tendo em conta a necessidade de a exclusão do material obtido mediante tal meio de prova observar o

artigo 9º da Lei nº 9.296/1996. A par disso, os elementos deveriam ter sido destinados à autoridade judiciária, a quem caberia, acompanhada da acusação e tendo facultado presença à defesa, efetuar o descarte do que se mostrasse impertinente.

Deve-se ressaltar que a conclusão do Órgão Colegiado foi tomada sem abordar a presença ou a ausência de má-fé por parte da Polícia Federal.

Ante os fundamentos supramencionados, a Sexta Turma deferiu, de ofício, a ordem para reconhecer a ilicitude das provas produzidas por meio interceptações telefônica e telemática, conforme o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição, bem como determinar o desentranhamento integral do material colhido e o exame da existência de prova ilícita por derivação¹³.

Verifica-se estar a mencionada conclusão fundamenta nos artigos 5º, inciso LVI, da Constituição e 157 do Código de Processo Penal, a versarem a inadmissibilidade no processo de provas obtidas por meios ilícitos¹⁴. Assim, para o Tribunal, o desaparecimento de parcela do material comprometeu a confiabilidade da cadeia de custódia e conduziu à ilicitude das fontes de prova colhidas.

Apesar de o pronunciamento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça haver sido formalizado antes da Lei nº 13.964/2019, ele é compatível com o artigo 158-B do Código de Processo Penal, a prever a necessidade de preservação do vestígio e observância da cadeia de custódia até o momento do descarte. O inciso X desse dispositivo legal entende como descarte “o procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial”. Nesse caso, o apagamento dos dados pela Polícia Federal transgrediu a regra de descarte prevista no artigo 9º da Lei nº 9.296/1996.

Cumprido esclarecer que o entendimento apresentado acima é controvertido. Há autores que defendem a variação da consequência conforme o tipo da quebra, afirmando ser possível, a nulidade, a ilicitude ou o enfraquecimento probante.

Segundo Rogério Sanches Cunha (2020), a inobservância da cadeia de custódia interfere na qualidade e na autenticidade da prova, mas ela permanece lícita e legítima. Assim, a prova pode ser valorada pelo juízo, mas o valor atribuído a si será

¹³ Entende-se como provas ilícitas por derivação ou teoria dos frutos da árvore envenenada a prova lícita, mas obtida por intermédio de prova coletada de forma ilícita (GRINOVER; GOMES FILHO; SCARENCE, 2011).

maior ou menor a depender do nível de respeito ao procedimento da cadeia de custódia (CUNHA, 2020).

Gustavo Badaró (2018, p. 535) leciona que “irregularidades leves sem que haja indicativos concretos de que a fonte de prova possa ter sido modificada, alterada ou substituída” devem ser solucionadas na etapa de valoração “com redobrado cuidado e muito maior esforço justificativo”.

De acordo com ele, vícios graves e capazes de suscitar questionamentos quanto à autenticidade ou integridade da fonte de prova, ante a probabilidade de que ela tenha sido adulterada, substituída ou modificada, compromete o valor a ser atribuído a si pelo juízo e demanda maior fundamentação voltada a demonstrar a confiabilidade da fonte (BADARÓ, 2018).

Afere-se, assim, que os defensores dessa corrente vislumbram eventual defeito ou irregularidade na cadeia de custódia como uma questão de valoração, e não de validade, o que gera consequências no peso a ser atribuído à prova pelo magistrado quando do exame do mérito.

Voltando ao entendimento jurisprudencial acerca do assunto, no julgamento do *habeas corpus* nº 422.642/SP, após a edição da Lei nº 13.964/2019, a Quinta Turma abordou tema relativo à falha na captação e gravação de áudios obtidos por meio de interceptação telefônica.

Neste caso, o impetrante arguiu a ocorrência de quebra da cadeia de custódia ante a incompletude dos elementos colhidos mediante interceptação telefônica e, posteriormente, entregues a si. Apresentou como evidência da própria alegação trecho do parecer do Ministério Público no qual afirmado o caráter rotineiro de problemas técnicos no redirecionamento de sinais, o que inviabilizaria a captação ou a gravação de áudio.

A Quinta Turma, ao apreciar a impetração, entendeu não configurar de erro no sistema um desrespeito à cadeia de custódia. Assentou a inexistência de prejuízo derivado do fato de não haver sido utilizado o material por nenhuma das partes. Ressaltou, ainda, não se admitir a disponibilização da integridade da prova ao Órgão Acusador e, paralelamente, a negativa de acesso pela defesa em virtude da ocorrência de quebra da cadeia de custódia.

Analisou-se o caso concreto à luz da teoria do prejuízo, de acordo com a qual as formas processuais constituem instrumento para a correta aplicação do direito e, a

par disso, inobservância das formalidades fixadas pelo legislador apenas resultaria no reconhecimento da invalidade do ato se afetada a própria finalidade e gerado algum dano. Logo, a invalidação do ato dependerá da presença de prejuízo (GRINOVER; GOMES FILHO; SCARENCE, 2011).

Não se pode falar que essa teoria foi aplicada à questão da inobservância da cadeia de custódia, tendo em vista ter o Tribunal concluído pela não configuração da quebra.

Esse julgado conduz à compreensão de que a não captação de áudio durante o período no qual autorizada a interceptação telefônica e em virtude de problemas técnicos de redirecionamento de sinal compromete a existência e produção do próprio elemento de prova, de modo que ele não adentra ao âmbito da cadeia de custódia.

Os *habeas corpus* nº 160.662/RJ e 422.642/SP versam situações distintas. No primeiro caso, a prova levada ao processo não foi a mesma prova colhida, o que revela a manipulação do elemento probatório – independente de má-fé – durante a custódia e violação do princípio da mesmice. No segundo, o elemento de prova apontado pela defesa como ausente não chegou a ser produzido em decorrência de falhas no sistema de captação de áudios, logo não se pode falar em exclusão unilateral ou manipulação capaz de comprometer o restante do material.

A conclusão adotada *habeas corpus* nº 422.642/SP suscita dúvidas quanto a ocorrência ou não de quebra da cadeia de custódia na hipótese em que o erro advir erro humano no manuseio do sistema de recepção e armazenamento de interceptação, como no caso em que, consoante explicitado no capítulo anterior, ocorre a sobrescrição dos áudios pelo excedimento da capacidade de armazenamento do Guardião juntamente com a ausência de *backup* e transferência anterior para outro disco rígido.

Além disso, revela a possibilidade de se tornar ser frequente a arguição de quebra da cadeia de custódia em decorrência da não disponibilização para a defesa da integralidade do material colhido por meio de interceptação telefônica e, paralelamente, ocorrer resistência no reconhecimento da ruptura do instituto, pelos julgadores, mediante a adoção da teoria do prejuízo.

No tocante a julgados do Supremo Tribunal Federal, cumpre agora explorar o pronunciamento formalizado pela Segunda Turma na reclamação nº 32.722/PR, relator o ministro Gilmar Mendes.

Neste processo, a autoridade policial, após receber dados colhidos mediante interceptação telemática e sem a identificação do emissor de cada mensagem, alterou os cabeçalhos para inserir o nome dos investigados que supostamente teriam enviado tais comunicações. Segundo declarações prestadas pelos policiais, apesar de realizadas tais alterações, havia prova da impossibilidade de se modificar o conteúdo das comunicações.

Diante disso, a parte autora arguiu a violação do enunciado nº 14 da Súmula Vinculante do Supremo¹⁵, bem como a necessidade de acesso ao conteúdo original das interceptações, com o intuito de afastar a controvérsia quanto à confiabilidade da prova.

Ao analisar a reclamação nº 32.722/PR, o Colegiado assentou que a caracterização de dúvida relativa à confiabilidade e à fidedignidade de atos perpetrados pelas autoridades responsáveis pela investigação demandaria a adoção de providências voltadas a resguardar a cadeia de custódia.

A partir dessa fundamentação, a Segunda Turma julgou procedente, por maioria, o pedido formulado na reclamação, para reconhecer a violação ao verbete vinculante nº 14 e assegurar o acesso aos arquivos originais das interceptações telemáticas. Consignou-se a desnecessidade de anular a sentença, ante inexistência de prejuízo e o reinício do prazo de interposição da apelação após franqueado à defesa o acesso ao material originário.

Apesar da controvérsia discutida na reclamação nº 32.722/PR versar interceptação telemática, e não telefônica, ela permite, juntamente com *habeas corpus* nº 160.662/RJ, a visualização de que, em primeiro lugar, se deve assegurar à defesa mecanismos capazes de garantir a proteção da cadeia de custódia. E não sendo viável a manutenção da confiabilidade da cadeia de custódia, a consequência será a declaração de ilicitude.

Expostos os posicionamentos doutrinários e casos paradigmáticos acerca da ruptura da cadeia de custódia, ressalta-se que, no âmbito do Estado Democrático de direito e do sistema acusatório, não se pode aceitar discricionariedade no exercício do poder-dever de jurisdição sobre uma prova cuja cadeia de custódia não tenha sido

¹⁵ “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

preservada. A prova não deverá ser considerada favorável ou desfavorável ao réu, uma vez que não preservada a sua cadeia de custódia e não alcançou o *standard* probatório mínimo para atribuição de responsabilidade penal.

Não sendo possível conceder para as partes a possibilidade de verificar o elemento sob a perspectiva da mesmice e da desconfiança e, ainda, presente a impossibilidade de concluir quanto à ocorrência ou não de adulteração da prova, deve-se presumir a inocência do acusado diante da dúvida razoável acerca da confiabilidade.

O rompimento da cadeia de custódia implica a transgressão dos princípios do contraditório e da ampla defesa, visto que o patrono do constituinte irá se deparar com uma prova carente de confiança e distinta do elemento probatório inicialmente encontrado. Desdobramento lógico dessa afetação é o desrespeito à paridade de armas. Logo, a compreensão mais compatível com a Constituição é considerar ilícitos os elementos probatórios que não possuem uma rastreabilidade adequada.

5 CONCLUSÃO

A cadeia de custódia, implementada no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, foi conceituada como o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a cronologia do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

Viu-se ser ela destinada a historiar determinado vestígio utilizado como prova no processo penal, de forma a assegurar a fiabilidade do elemento probatório e afastar interferências aptas a alterar o resultado da atividade probatória. Constatou-se a compatibilidade deste instituto com os direitos fundamentais ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, à paridade de armas e à presunção de inocência.

Sendo assim, a cadeia de custódia é um mecanismo de acreditação incumbido do controle de confiabilidade da prova. Ela permite que acusado possa conhecer tudo o que foi produzido em seu desfavor e reagir de forma efetiva por meio meios e oportunidades iguais aos conferidos à acusação.

As disposições legais a versarem a cadeia de custódia têm como destinatário o elemento probatório de caráter físico ou material colhido em locais ou em vítimas de crimes. Inobstante, sua aplicação é mais ampla, estando relacionada a qualquer fonte de prova real, inclusive aquelas que geram elementos probatórios de caráter eletrônico.

Verificou-se que as interceptações das comunicações telefônicas constituem métodos ocultos cuja definição dos meios de execução e fiscalização é atribuída, por lei, ao magistrado competente a fiscalização. Constatou-se, ainda, a ausência de disposições a tratarem a cadeia de custódia na Lei nº 9.926/1996, no Código de Processo Penal, na Resolução nº 59/2018 do Conselho Nacional de Justiça e nos *softwares* mediante os quais é executada a interceptação telefônica.

No âmbito das provas obtidas por métodos ocultos, como a interceptação telefônica, a cadeia de custódia se mostra ainda mais essencial, tendo em conta ser a preservação das fontes de prova mecanismo jurídico-processual destinado a amenizar o desequilíbrio, caracterizado pela seleção e pelo uso arbitrário dos elementos probatórios pelas agências repressivas.

Por meio da análise de casos paradigmáticos – reclamação nº 32.722/PR e do *habeas corpus* nº 160.662/RJ, assentou-se a importância de, inicialmente, assegurar meios para proteção da cadeia de custódia e, assim, da confiabilidade da prova, possibilitando o acesso da defesa aos arquivos originais de interceptações telefônicas e telemáticas.

Mas, sendo inviável a manutenção da confiabilidade da cadeia de custódia, como em caso de desaparecimento de parte dos elementos de prova colhidos por meio de investigação oculta, a consequência harmônica com a Constituição Federal será inevitavelmente a ilicitude de tais fontes e dos dela elementos derivados, conforme a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Respondendo ao problema de pesquisa: apesar da cadeia de custódia ser instrumento importante de garantia da idoneidade das informações obtidas interceptação telefônica, ela não possui contornos bem delineados nesse campo, ante a ausência de regras na Lei nº 9.296/96, na Resolução nº 59/2008 e nos sistemas de tecnologia da informação. Há, ainda, a incompatibilidade das normas implementadas no Código de Processo Penal com o tipo de elemento probatório produzido por esse meio de prova.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, G. A Cadeia de Custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDE, R.; LOPES, A. B. (Eds.). . **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. 1ª ed. Belo Horizont: Editora D'Plácido, 2018. p. 562.

BADARÓ, G. H. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**, p. 561, 2017.

BADARÓ, G. H. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasi, 2019.

BONARCCORSI, Daniela Villani. **As provas obtidas por meios ilícitos: Uma análise de suas consequências no processo penal moderno**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

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

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código penal**. Planalto, Brasília, 07 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 set. 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Planalto, Brasília, 03 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 14 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Planalto, Brasília, 29 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 14 set. 2021.

BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014**. Estabelece as Diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18/07/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 160.662/RJ (2010/0015360-8)**. 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: 10 out.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 422.642/SP (2017/0281025-0)**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&s>

equencial=1729074&num_registro=201702810250&data=20181002&peticao_numero=-1&formato=PDF PDF. Acesso em: 10 out.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. **Súmula Vinculante nº 14**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em: 10 out.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. **Reclamação nº 32.722/PR**. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751502343>:. Acesso em: 10 out.2021.

CALDEIRA, R. DE A. F. **A cadeia de custódia: arts. 158-A a 158-F do CPP**. In: AKERMAN, W.; DUTRA, B. M. A. (Eds.). . Pacote Anticrime: análise crítica à luz da Constituição Federal. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 501.

CASTILLHOS, A. P. DE S. M. DE; ANDREOLLA, A. H.; JÚNIOR, I. P. DE O. **Garantias constitucionais na produção probatória: a cadeia de custódia e os meios ocultos de prova**. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CRIMINAL. Porto Alegre, 2018. Disponível em: <<https://editora.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2018/arquivos/31.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2021

CUNHA, R. S. **Pacote Anticrime - Lei 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

ESPÍNDULA, A. **Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia**. 3. ed. Campinas: Millenium, 2013.

FERRAJOLI, L. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES FILHO, A. M. Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1988. In: MORAES, A. DE (Ed.). . **Os 10 anos da Constituição Federal**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 249–266.

GOMES FILHO, A. M. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no rprocesso penal brasileiro). In: MORAES, M. Z. DE; YARSHELL, F. L. (Eds.). . **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. 1. ed. São Paulo: DPJ, 2005. p. 303–318.

GOMES, L. F.; MACIEL, S. **Interceptação Telefônica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

GONZALEZ LAGIER, D. **Quaestio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción**. México D.F.: Editorial Fontamara, 2013.

GRINOVER, A. P.; GOMES FILHO, A. M.; SCARENCE, A. **As Nulidades no Processo**

Penal. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOPES JR., A. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JR., A.; ROSA, A. M. DA. **A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>>. Acesso em: 5 set. 2021.

MALAN, D. Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 2, n. 1, p. 213–238, 2 set. 2016.

MATILDA, J. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução do riscos de condenações de inocentes. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 27, p. 17–26, 2020.

MENEZES, I. A. DE; BORRI, L. A.; SOARES, R. J. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 4, n. 1, p. 277–300, 7 mar. 2018.

PARODI, L. **Interceptações telefônicas, sua integridade e cadeia de custódia**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/interceptacoes-telefonicas-integridade-cadeia-custodia>>. Acesso em: 10 out. 2021.

PRADO, G. **Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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

PRADO, G. **Breves notas sobre o fundamento constitucional da cadeia de custódia da prova digital**. In: “A INTERFACE ENTRE O DIREITO DIGITAL E O PROCESSO PENAL”. Lisboa, 20 jan. 2021. Disponível em: <<https://geraldoprado.com.br/artigos/breves-notas-sobre-o-fundamento-constitucional-da-cadeia-de-custodia-da-prova-digital/>>. Acesso em: 5 set. 2021

SANTORO, A. E. R.; TAVARES, N. L. F.; GOMES, J. DE C. O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 2, p. 605–632, 8 jun. 2017.

SILVA FILHO, W. **Perícia Computacional em Artefatos Digitais de Interceptação Telefônica**. PROCEEDINGS OF THE THE NINTH INTERNATIONAL CONFERENCE ON FORENSIC COMPUTER SCIENCE. **Anais...** In: THE NINTH INTERNATIONAL CONFERENCE ON FORENSIC COMPUTER SCIENCE. ABEAT, 20 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.icofcs.org/2015/papers-published-015.html>>. Acesso em: 13 out. 2021

SOUZA, L. A. DE; VASCONCELLOS, V. G. DE. A cadeia de custódia da prova obtida por meio de interceptações telefônicas e telemáticas: meios de proteção e consequências da violação. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 65, n. 2, p. 31–48, 27 ago. 2020.

TARUFFO, M. **A prova**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TAVARES, J. **Prova e Verdade**. 1. ed. São Paulo: Tirant Blanch, 2020.

VALENTE, M. M. G. Meios ocultos de investigação. Contributo mínimo para uma reflexão maior. **Boletim IBCCrim**, v. 23, n. 274, p. 2–4, 2015.

VELHO, J. A.; GEISER, G. C.; ESPINDULA, A. **Ciências Forenses – Uma Introdução às Principais Áreas da Criminalística Moderna**. 1. ed. São Paulo: Millennium, 2017.