



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**CADEIA DE CUSTÓDIA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS
COMO FORMA DE CONTROLE EPISTEMOLÓGICO DA PROVA NO
PROCESSO PENAL**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Raimundo de Albuquerque Gomes

Orientadora: Mestre especialista Ana Paula Pinto Ferreira Lourenço

Número do candidato: 20151915

Março de 2019

Lisboa

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a meus pais, seu Raimundo e Dona Mana. Não podendo esquecer também de Dona Jane, minha eterna tia-mãe, estes de vital importância neste caminhar, e que sempre acreditaram em mim. Também, e de forma justa, para que não deixe de indicar alguém, dedico este trabalho a toda a minha família que, de forma direta ou indireta, apoiou-me e me incentivou a sempre crescer com humildade, que me mostrou os caminhos da vida para que eu escolhesse, e escolhi, e hoje estou realizando um sonho. Obrigado a todos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo fato de me dar forças a sempre seguir, mesmo naquele momento que quis desistir de tudo.

Aos meus pais, estes que mostraram através do trabalho, do carinho e da humildade, que tudo é possível, sem passar por cima de ninguém.

À professora Ana Paula, minha mestra, de conhecimento ímpar, que me acolheu como seu orientando sem pestanejar, que me orientou de forma simples, mas com enorme relevância.

Ao professor Pedro Trovão do Rosário, a quem tanto admiro, como pessoa e profissional, e que de pronto aceitou ser meu coorientador.

Ao professor Geraldo Prado, a quem admiro, e que busco meus conhecimentos em sua fonte infinita de inteligência, e que foi o principal norteador deste trabalho. Não podendo também deixar de agradecer ao professor Manuel Monteiro Guedes Valente, meu farol nesta busca constante de aperfeiçoamento no processo penal.

Por fim, a todos os meus amigos e familiares que me acompanharam nesta luta, e tantos outros que em determinados momentos me ouviram e me ajudaram nesta caminhada.

“Meu filho, agora que criou asas, voe”

Autor: Seu Raimundo, meu pai.

RESUMO

Este trabalho abordará a cadeia de custódia das interceptações telefônicas como forma de controle epistemológico da prova no processo penal. A cadeia de custódia assume cada vez mais importância, por estar estritamente ligada ao devido processo legal e a alguns princípios basilares, como é o caso dos princípios da presunção da inocência, do contraditório e da ampla defesa, por exemplo. Além disso, a cadeia de custódia colabora para a busca da verdade no processo, contribuindo para a decisão final no processo baseada em convicção judicial e não em crença baseada no imaginário do juiz. Pretendemos, também, alertar sobre as consequências da quebra da cadeia de custódia, caso em que a prova se tornará ilícita e comprometerá todo o processo, podendo gerar nulidade. Em relação às interceptações telefônicas percebemos que elas vêm se proliferando nos processos penais, sendo utilizadas irrestritamente, o que demanda maior rigor. Ao contrário disso, elas são motivo de anulação de provas, o que gera custos para os tribunais e tempo perdido em ações que não cumprem os requisitos legais, como o prazo que a autoridade policial tem para disponibilizar as gravações das interceptações ao juiz, perda e descarte de parte das interceptações, o que compromete a integralidade da prova, dentre outros.

Palavras-chave: Cadeia de custódia. Controle epistemológico. Provas. Interceptações telefônicas.

ABSTRACT

This work will present the chain of custody of telephone interceptions as a form of epistemological control of evidence in criminal proceedings. The chain of custody is becoming increasingly important because it is strictly linked to due process of law and some basic principles, such as the principles of presumption of innocence, contradiction, and broad defense, for example. Also, the chain of custody contributes to the search for truth in the process, contributing to the final decision in the process based on judicial conviction rather than belief based on the judge's imagination. We also intend to warn about the consequences of breaking the chain of custody, in which case the evidence will become unlawful and will compromise the entire process and may lead to a nullity. Regarding telephone interceptions, we realize that they are proliferating in criminal proceedings, being used unrestrictedly, which demands greater rigor. In contrast, they are grounds for the cancellation of evidence, leading to court costs and time wasted on actions that do not comply with legal requirements, such as the time the police authority has to make recordings of interceptions available to the judge, loss and discard part of the interceptions, which compromises the completeness of the proof, among others.

Keywords: Chain of custody. Epistemological control. Evidences. Telephone interceptions.

RESUMEN

Este documento abordará la cadena de custodia de las interceptaciones telefónicas como una forma de control epistemológico de la evidencia en los procesos penales. La cadena de custodia es cada vez más importante porque está estrictamente vinculada al debido proceso legal y a algunos principios básicos, como los principios de presunción de inocencia, contradicción y defensa amplia, por ejemplo. Además, la cadena de custodia contribuye a la búsqueda de la verdad en el proceso, contribuyendo a la decisión final en el proceso basada en una condena judicial en lugar de una creencia basada en la imaginación del juez. También tenemos la intención de advertir sobre las consecuencias de romper la cadena de custodia, en cuyo caso la evidencia se volverá ilegal y comprometerá todo el proceso y puede conducir a la nulidad. Con respecto a las interceptaciones telefónicas, nos damos cuenta de que están proliferando en los procesos penales, que se utilizan sin restricciones, lo que exige un mayor rigor. Por el contrario, son motivos para la cancelación de pruebas, lo que lleva a costos judiciales y tiempo perdido en acciones que no cumplen con los requisitos legales, como el tiempo que la autoridad policial tiene para poner a disposición del juez grabaciones de interceptaciones, pérdidas y descarte parte de las interceptaciones, lo que compromete la integridad de la prueba, entre otras.

Palabras-clave: Cadena de custodia. Control epistemológico. Pruebas. Interceptaciones telefónicas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I.....	14
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS PENAIS	14
1.1 Uma análise sobre os direitos e as garantias fundamentais.....	14
1.2 Sistemas processuais penais no Brasil e em Portugal: Constituição e Processo Penal	22
1.2.1 Análise do sistema processual no Brasil	23
1.2.2 Análise do sistema processual em Portugal	28
CAPÍTULO II	30
2 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS E CONSTITUCIONAIS: FAROL DOS PROCESSOS EQUITATIVOS.....	30
2.1 Princípios inerentes à estrutura do processo penal.....	30
2.1.1 Princípio da presunção de inocência ou do estado de inocência	31
2.1.2 Princípio do contraditório e da ampla defesa	32
2.1.3 Princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas	34
2.1.4 Princípio da acusação	36
2.1.5 Princípio da presunção de inocência.....	37
2.1.6 Princípio do <i>in dubio pro reo</i>	38
CAPÍTULO III.....	39
3 A PROVA NO PROCESSO PENAL	39
3.1 A prova enquanto objeto de estudo	40
3.2 Provas e Teorias da Verdade: Epistemologia	42
3.2.1 <i>Fatos</i>	47
3.3 Seleção das Provas	47
3.4 Tipos de provas.....	48
3.5 A prova oral.....	50
3.6 A prova documental	51
3.7 A prova digital.....	52

3.8 Ônus da prova	54
3.9 Direito à prova.....	55
3.10 Valoração da prova.....	55
3.10.1 Sistema da íntima convicção	56
3.10.2 Sistema da prova legal	56
3.10.3 Sistema do livre convencimento motivado	56
3.11 Standards de prova.....	57
3.12 Prova ilícita.....	58
CAPÍTULO IV	61
4 LEGISLAÇÕES E ENTENDIMENTOS SOBRE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	61
4.1 Sigilo das comunicações e interceptação telefônica no Direito brasileiro.....	61
4.2 Interceptação telefônica em Portugal	67
CAPÍTULO V	74
5. CADEIA DE CUSTÓDIA COMO CONTROLE EPISTEMOLÓGICO DA PROVA	74
5.1 Da cadeia de custódia no processo penal.....	76
5.2 A legitimidade da persecução penal e práticas probatórias	77
5.3 A preservação das fontes de prova e a fiabilidade da prova	81
5.4 Os procedimentos probatórios.....	82
5.5 Os riscos da quebra de cadeia de custódia nas interceptações telefônicas.....	86
5.6 Jurisprudência sobre a quebra da cadeia de custódia	89
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	99
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	101

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRF – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

CPP – Código de Processo PenalCP – Código Penal

CF – Constituição Federal

EUA – Estados Unidos da América

LC – Lei do Cibercrime

NSA – Agência de Segurança Nacional

PF – Polícia Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TC - Tribunal Constitucional

TRF – Tribunal Regional Federal

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal brasileiro preocupa-se com a fidedignidade da prova a ser colhida, pois estabelece, no artigo 6º, inciso I, que a autoridade policial deverá dirigir-se ao local do fato, providenciando para que não se alterem o estado e a conservação das coisas até a chegada dos peritos criminais.

De igual modo, o diploma adjetivo estabelece uma regra de devido processo que impõe que seja o material probatório preservado após a busca e apreensão, pois refere que a coisa ou pessoa deverá ser imediatamente apreendido e colocado sob custódia, conforme o artigo 245, § 6º, do Código de Processo Penal.

A cadeia de custódia da prova é essencial para garantir a integridade do material, realizando a correta preservação, evitando sua quebra. Quando da constatação da quebra da cadeia de custódia, impõe-se a exclusão das evidências dos procedimentos penais, o que assegura a fundamentação coerente e a observância das regras do devido processo legal¹. Tentaremos demonstrar que a função da cadeia de custódia consiste em estabelecer o mecanismo de prospecção e preservação das provas que deverão ser submetidas ao contraditório.

A discussão em torno das interceptações telefônicas tem-se mantido actual nos dois ordenamentos estudados. Desde logo, no sistema brasileiro, as vicissitudes do procedimento, que deveria ser sigiloso, e a perda da imparcialidade do juízo de instrução são apresentadas como lacunas na operacionalidade da norma de investigação. Além disso, como a defesa somente terá conhecimento posterior sobre o conteúdo das informações coletadas, esse conteúdo já está estruturado e sintetizado de acordo com o interesse da narrativa acusatória.

Desse modo, o problema de pesquisa que orienta este trabalho é a atual dimensão das interceptações telefônicas na formação do juízo de culpa. Observa-se na contemporaneidade a proliferação de sentenças condenatórias embasadas exclusivamente na narrativa acusatória que explora as interceptações telefônicas a contento do objetivo final de demonstração do fato criminoso.

¹ Na Constituição da República enuncia-se em seu artigo 5º, inciso LIV, que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Esta pesquisa será de nível exploratório, voltada à análise qualitativa da bibliografia e da jurisprudência que abordam a cadeia de custódia das provas, controle epistemológico, teoria da prova e legislação sobre interceptações telefônicas.

No primeiro capítulo, trazemos à baila os direitos e as garantias fundamentais, essenciais para o processo penal, além disso analisaremos aspectos dos sistemas processuais penais no Brasil e em Portugal, levando em conta que a análise dos direitos e garantias fundamentais, principalmente no âmbito do processo penal, é de tamanha relevância para o tema abordado.

Já no segundo capítulo apresentaremos sucintamente os princípios processuais e constitucionais. Primeiramente, analisaremos os princípios que regem o processo penal brasileiro, e em seguida faremos uma apresentação de alguns que envolvem o processo penal português, tendo como objetivo demonstrar que temos como farol alguns ditames que também são utilizados em outros sistemas acusatórios, mais especificamente naquela terra lusitana.

No terceiro capítulo será abordado o estudo da prova no processo penal, as teorias da verdade, a epistemologia como balizadora das provas obtidas, como é feita a seleção de provas, os tipos de prova existentes, a prova oral (testemunhal), a prova documental, a prova digital e como a lei precisou se atualizar para acompanhar as novas tecnologias, conceitos de ônus de prova, requisitos para valoração da prova, critérios de standards de prova e o que constituem as provas ilícitas.

No quarto capítulo, será feita uma abordagem da legislação a respeito das interceptações telefônicas, aspectos mais importantes da legislação brasileira e da legislação portuguesa, além de comparativos com outros países e como o tema é tratado.

Por fim, no quinto e último capítulo, apresentaremos a importância do controle epistêmico das provas, que visa assegurar a fiabilidade da prova, conceitos de cadeia de custódia nos processos penais, além das consequências advindas da quebra da cadeia de custódia nas interceptações telefônicas. Por fim, demonstraremos como a operacionalidade das interceptações telefônicas afeta princípios e garantias caras ao Estado Democrático de Direito e, como deveria haver um melhor controle epistemológico, sob pena de contaminação ilícita do meio de prova e nulidade do processo.

A banalização do instituto das interceptações telefônicas é um tema complexo, pois a vida privada é direito fundamental do indivíduo, que o tem escrutinado, o que desgasta a

essência da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito, com base em uma perspectiva punitivista a qualquer preço, mesmo violando a intimidade e a privacidade dos cidadãos (direitos fundamentais) e ignorando a consagração da presunção da inocência balizadora dos processos. Ela marca a incerteza na persecução penal, que causará, desde a notícia do crime, a dúvida razoável.

Além da presunção da inocência, devemos destacar o direito à defesa, pois, no caso das interceptações telefônicas, a defesa deverá ter acesso integral às provas obtidas, podendo avaliar a legalidade da atividade persecutória e identificar provas ilícitas.

Cabe ressaltar que a possibilidade de contaminação gerada pela quebra da cadeia de custódia se encontra tratada no art. 157 do CPP brasileiro que dispõe sobre a admissibilidade das provas derivadas das ilícitas. E no CPP português encontramos no artigo 187º.

Desse modo, o valor alcançado pela interceptação telefônica no processo penal contemporâneo tende para a necessidade de compreender como esse meio de prova é utilizado e os limites constitucionais e processuais penais.

CAPÍTULO I

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS PENAIS

Neste capítulo serão abordados os direitos e as garantias fundamentais, as normas legais restritivas, as normas legais conformadoras e os sistemas processuais penais no Brasil e em Portugal (Constituição e Processo Penal).

1.1 Uma análise sobre os direitos e as garantias fundamentais

A análise dos direitos e garantias fundamentais, principalmente no âmbito do processo penal, é de tamanha relevância para o tema abordado. Temos sempre em mente que o Estado deve respeitar os direitos fundamentais, base de uma democracia sólida.

Segundo Robert Alexy, “a concepção de uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais expressa um ideal teórico”². Com isto, o autor sustenta que os direitos fundamentais, como teoria, o máximo que poderiam significar é uma aproximação do que seria ideal.

Doutrina Jorge Miranda que “só o Estado tem vontade soberana e todos os direitos subjetivos públicos fundamentam-se numa organização estatal”³. Desta forma, devemos fazer a distinção entre direitos subjetivos públicos e direitos subjetivos privados. No primeiro caso, aqueles direitos são regidos por normas de direito público, enquanto no segundo são regidos por normas de direito privado.

Mas, tem-se em mente que não podemos usar como sinônimo os direitos subjetivos públicos e direitos fundamentais. Este tem dupla natureza, ou seja, existem direitos descritos nas constituições que são fundamentais e subjetivos privados, ao mesmo tempo, como, por exemplo, o direito de propriedade.

Outra análise que temos que fazer é a diferença entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade. Temos estes como um direito inerente à pessoa, que advém desde o

² ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 39.

³ MIRANDA, Jorge – **Direitos Fundamentais**. p. 85.

nascimento com vida, já aquele pressupõe uma “incidência publicística imediata, ainda quando ocorram efeitos nas relações entre particulares”⁴, ou seja, “pertencem ao domínio do Direito constitucional”⁵.

Com isto, verifica-se que os direitos fundamentais são protegidos constitucionalmente. Há uma relação do Estado para com o povo. Tal direito vem como um limite do uso do poder estatal perante aquele que está sobre seu território.

Na grande maioria das constituições, temos descritos nelas os direitos fundamentais. Podemos apontar a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, que se inaugura com o título DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS, e traz no capítulo I o rol exemplificativo dos direitos fundamentais. Não podemos deixar de apontar, também, que a Constituição da República Portuguesa, a partir do artigo 12º, traz o rol dos direitos fundamentais.

Numa análise dos princípios que são citados dentro dessas constituições, sempre deverá haver a ponderação de valores. Como bem explica George Salomão Leite e Fábio Bezerra dos Santos, a “Constituição é um conjunto de normas embasadas em uma dimensão fática e outras axiológicas, hierarquicamente superior em relação às demais, e que tem por objetivo regular a convivência entre o Estado e a sociedade”⁶.

Porém, dentro desse rol de direitos fundamentais, podemos nos deparar com determinados conflitos, e aí perguntamos como resolver. Numa esfera contemporânea, utiliza-se o princípio da proporcionalidade. Este princípio “visa combater os excessos praticados pelo poder público, principalmente na seara dos direitos fundamentais, sendo de grande valia na resolução de conflitos entre estes direitos”⁷.

Afirma J.J. Gomes Canotilho que o “princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual”⁸. Nesta esfera, é de suma importância o respeito aos direitos fundamentais relacionados nas constituições ou fora delas, como é possível, pois o Estado deve ter limitações sobre o seu administrado, não podendo agir como e quando quiser.

⁴ *Op. cit.* p. 91

⁵ *Op cit.* p. 91

⁶ LEITE, George Salomão; SANTOS, Fábio Bezerra dos – **Curso de Direito Constitucional**. p. 109.

⁷ *Op cit.* p.111.

⁸ CANOTILHO, J.J Gomes – **Direito Constitucional e teoria da constituição**. p. 266.

Quando se trata do princípio da proporcionalidade ou princípio da proibição do excesso, lembremo-nos que este tem vez como princípio constitucional, ou seja, é nítido que “na qualidade de regra de razoabilidade – *rule of reasonableness* – desde cedo começou a influenciar a jurisprudência dos países de *Common Law*”⁹.

Desta afirmação, extraímos que em cada caso concreto o julgador avalia, ou, pelo menos, tenta avaliar um comportamento razoável dentro das regras, para que possa julgar, da melhor maneira possível, o fato em questão. O princípio da proibição do excesso serve como farol para o equilíbrio da balança em cada caso, e para cada pessoa, concretizando, assim, as garantias e os direitos fundamentais do cidadão.

No entanto, existem autores que trazem outro viés sobre a análise da teoria dos direitos fundamentais. Segundo José Emílio Medauar Ommati, Ronald Dworkin traz a ideia de que existem “os valores éticos e morais – e os valores jurídicos seriam uma ramificação desses valores éticos e morais – dependem um dos outros”¹⁰.

Nesse sentido, os valores éticos e morais, e estes trazem a reboque, e não menos importante, os valores jurídicos, este o berço dos valores morais de uma democracia. Não podemos deixar de afirmar que os valores jurídicos neste esteio é o balizamento de uma cultura.

Pois bem, os direitos fundamentais conforme J.J Gomes Canotilho¹¹ podem se dividir em direitos fundamentais formalmente constitucionais e direitos materialmente fundamentais. Aqueles, apresentam-se como normas que possuem um valor formalmente constitucional, enquanto estes apresentam-se fora do catálogo constitucional, ou seja, podem ser encontrados em outros diplomas, como por exemplo em tratados internacionais ou em regras de direito internacional.

Importante salientar que a Constituição da República de Portugal em seu artigo 16º¹², bem como na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, parágrafos 1º

⁹ *Op cit.* p. 267.

¹⁰ OMMATI, José Emílio Medauar – **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 153

¹¹ *Op cit.* p. 403.

¹² Artigo 16.º

Âmbito e sentido dos direitos fundamentais

1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

e 2º¹³, trazem o que se conhece de “direitos fundamentais formalmente constitucionais, mas fora do catálogo ou direitos fundamentais dispersos”¹⁴.

No caso dos direitos fundamentais, podemos dizer que eles não estão apenas nas constituições, mas encontram-se, também, em outros diplomas, que podem ser internos, além dos tratados internacionais.

Podemos inclusive trazer a análise das funções dos direitos fundamentais, que como função de defesa ou de liberdade é de suma importância. Uma de suas funções “é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coactivos)”¹⁵.

É extremamente importante fazer a observação que essa função de defesa dos direitos fundamentais possuem uma dupla perspectiva. A primeira delas constitui “num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências deste na esfera jurídica individual”¹⁶, ou seja, é uma forma do Estado respeitar a esfera individual do homem, para que possa ter liberdade de escolha em suas decisões, em alguns momentos.

Já a segunda perspectiva “implica, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”¹⁷. Nesta seara temos como exemplo o direito à liberdade de pensamentos, seja ela por meio de palavras, imagens ou qualquer outro meio que exprima tal sentimento.

Uma outra função importante dos direitos fundamentais é a função de proteção contra terceiros. Com isto, afirma-se que “muitos direitos impõem um *dever ao Estado* (podres públicos) no sentido de este *proteger* perante *terceiros* os titulares de direitos

¹³ “DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS
CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

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:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

¹⁴ CANOTILHO, J.J Gomes – **Direito Constitucional e teoria da constituição**. pp. 404 e 405.

¹⁵ *Idem*. p. 407.

¹⁶ *Idem*. p. 408.

¹⁷ *Idem*. p. 408.

fundamentais”¹⁸. Desta forma, cabe ao Estado proteger os direitos fundamentais dos homens contra os próprios homens, de forma a estabelecer uma ordem social.

Dentre as funções de proteção aqui analisada, além do Estado criar mecanismos de proteção à vida, por exemplo, deve também criar meios de proteção a “numerosos direitos como o direito a inviolabilidade de domicílio, o direito a proteção de dados informáticos, o direito de associação”, de acordo com Canotilho¹⁹.

Não podemos deixar ao largo a tese das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, difundida em 1979 por Karel Vasak. Segundo este autor, os direitos fundamentais surgem ao longo da história, de forma que poderiam ser divididos em gerações.

Mas coube ao italiano Norberto Bobbio, em sua obra *A Era dos Direitos*, enraizar a ideia das gerações dos direitos fundamentais. O mesmo fez a divisão baseada nos ideais da Revolução Francesa em 1789, que tinha como ideais a liberdade (1ª geração), a igualdade (2ª geração) e a fraternidade (3ª geração).

Os de primeira geração correspondem a um não fazer do Estado e ser responsável pelos direitos dos cidadãos. Os de segunda geração, apontados como aqueles ligados aos direitos sociais e coletivos, são conhecidos como os deveres prestacionais do Estado. Já os de terceira geração, são os direitos difusos, pertencentes a um número indeterminado de pessoas, de forma que, se atingido, alcança, também, um número indeterminado de pessoas.

Assim, os direitos fundamentais são observados como forma de proteção dos cidadãos contra os próprios cidadãos, bem como uma forma de conter o abuso estatal sobre os indivíduos e uma forma de se fazer exigir que este mesmo Estado proteja os indivíduos. Ressalta-se que esses direitos perpassam o que é trazido de forma expressa nas constituições.

Mas podemos indagar se os direitos fundamentais são absolutos. Inicialmente, afirmamos que na doutrina constitucional brasileira, tem-se a certeza que tais direitos são relativos. Desta forma, todos os direitos fundamentais não são absolutos e os mesmo podem entrar em rota de colisão, de forma que a problemática só é resolvida pelo intérprete da norma se utilizando do método da proporcionalidade.

Partindo dessas premissas, ensina Ommati que “a doutrina majoritária também tem afirmado que os direitos fundamentais seriam inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis”²⁰.

¹⁸ *Idem.* p. 409.

¹⁹ *Op. cit.* p. 409.

²⁰ *Op. cit.* p. 158.

Desta forma, sendo inalienáveis, o seu titular fica impossibilitado de negociá-los. Já em relação a imprescritibilidade, a própria palavra aqui se explica, e por fim, não há a possibilidade de renúncia dos direitos fundamentais.

Porém, fazendo uma análise crítica do que a Constituição da República Federativa do Brasil traz em seu rol de direitos fundamentais, podemos afirmar sim, que os direitos fundamentais não são inalienáveis.

Segundo o artigo 5º, inciso X, da CRF²¹, é inviolável a imagem da pessoa. Mas “qualquer pessoa pode muito bem trocar tais direitos por dinheiro, quando, por exemplo, aceitaram participar dos famosos reality shows”²².

Também podemos questionar se os direitos fundamentais são imprescritíveis. Sabe-se que todos os direitos fundamentais têm um prazo indicado para sua defesa. Vejamos no caso em que «o não uso e não defesa da propriedade por algum período pode levar à perda do direito de propriedade»²³.

Desta forma nos deparamos com a questão da liberdade do indivíduo. Pois a liberdade é uma categoria clara jurídica-dogmática. Mas o que poderíamos conceituar como liberdade? Possuindo este significado podemos desencadear alguns pensamentos.

Para alguns doutrinadores como J.J Gomes Canotilho, este “conceito permanece ainda obscuro na doutrina”²⁴. Mas podemos usar como parâmetro o conceito dado por Jorge Miranda, onde doutrina que o direito de liberdade tem como ponto inicial a “ideia de que as pessoas, só por o serem, ou por terem certas qualidades ou por estarem em certas situações ou inseridas em certos grupos ou formações sociais, exigem respeito e proteção por parte do Estado e dos demais poderes”²⁵.

Seguindo a indicação de J.J Gomes Canotilho, “as liberdades (liberdade de expressão, liberdade de informação, liberdade de consciência, religião e culto, liberdade de criação cultural, liberdade de associação) costumam ser caracterizadas como posições

²¹ X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

²² OMMATI, José Emílio Medauar – *Op. cit.* p. 158.

²³ *Idem. Ibidem.*

²⁴ *Op. cit.* p. 1259.

²⁵ MIRANDA, Jorge – *Op. cit.* pp. 117 e 118.

fundamentais subjectivas de natureza defensiva”²⁶, isto é são direitos fundamentais e que não devem ser desrespeitados.

Com isso, verificamos que através dessas liberdades, a intervenção estatal não deve importunar o âmbito privado, deixando para o legislador regulamentar o comportamento daquele cidadão que exercerá seus direitos fundamentais. Assim, “esta intervenção conformadora do legislador impõe-se, inequivocamente, quando os direitos fundamentais carecem, para o seu exercício, da *interpositio legislatoris*”²⁷.

Extraímos que o legislador não irá dispor dos direitos fundamentais pertencentes ao indivíduo, mas sim, agirá na construção legislativa como garantidora do exercício daqueles direitos, logo, a intervenção legislativa impõe-se como tarefa prima na construção das garantias dos direitos fundamentais.

Cabe, no entanto, questionar se esses direitos fundamentais são amplos. Se podem ser exercidos sem qualquer limitação, se o indivíduo, mesmo dentro de um ambiente democrático pode exercer esses direitos sem qualquer intervenção. Estas são indagações pertinentes sobre o assunto. Devemos então saber a diferença entre normas legais restritivas e normas legais conformadoras.

Com isto, “entende-se por normas **legais restritivas** aquelas que limitam ou restringem posições, *prima facie*, se incluem no domínio de proteção dos direitos fundamentais”²⁸. Já “as **normas legais conformadoras** completam, precisam, concretizam ou definem o conteúdo de proteção de um direito fundamental”²⁹.

Apontamos então que os direitos fundamentais não são apenas restringidos através de uma lei restritiva. Pode-se através de uma interferência consubstanciada em um simples ato jurídico atingir a proteção de determinados direitos fundamentais.

Neste esteio como exemplo de uma lei restritiva, temos no ordenamento jurídico brasileiro o que prescreve o artigo 313, inciso III, do Código de Processo Penal³⁰, ao indicar

²⁶ *Op. cit.* pp. 1259 e 1260.

²⁷ *Idem.* p. 1260.

²⁸ CANOTILHO, J.J Gomes – **Direito Constitucional e teoria da constituição**. p. 1263

²⁹ CANOTILHO, J.J Gomes et al., 2017 apud ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**. 1986, p. 300 verifique, por favor, se não será o contrário. Não estou certa de que Alexy tenha citado o Doutor Gomes Canotilho.

³⁰ “Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

(...)

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;”

as possibilidades de prisão preventiva, caso haja uma das condutas indicadas pelo agente, ou no Código de Processo Penal português o previsto no artigo 202.º, em sintonia com as restrições de liberdade constitucionalmente admitidas (art. 31.º da CRP) Bem como estabelece no Código Penal de Portugal³¹ e o Código Penal do Brasil³² a prisão no caso de crime de homicídio.

Neste tipo de restrição, podemos indicar também, a questão da quebra do sigilo telefônico. Nestes casos, conforme a lei 9.296 de 24 de julho de 1996, esta que trata da interceptação das comunicações telefônicas. O artigo primeiro³³ anuncia que a interceptação é cláusula de reserva jurisdicional, já o artigo segundo³⁴ nos indica que quais os requisitos para a realização da interceptação.

Observação importante se encontra no artigo 2º, inciso III, da Lei 9.296 de 24 de julho de 1996, apontando que existirá a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática caso realize qualquer conduta criminosa punida com pena de reclusão. Com isto, o direito fundamental à privacidade, por esta lei, será restringido.

Com isto, nestes exemplos temos uma clara manifestação de restrição da liberdade do indivíduo. Já em relação aos normas legais conformadoras, que são os casos em que a lei estabelece uma disciplina jurídica sobre aquele conteúdo do direito fundamental posto, temos como exemplo as normas que regulam o direito ao casamento.

Mas, na verdade, o que indagamos é se pode haver renúncia a direitos fundamentais. O indivíduo deve se proteger dele mesmo? O indivíduo pode tomar qualquer decisão, seja ela boa ou má? Ou o ordenamento jurídico tem o escopo de limitar a liberdade humana com o fim de se manter a ordem social? São questionamentos que devem ser respondidas com bastante calma.

³⁰ Homicídio: Artigo 131.º - “Quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de oito a dezasseis anos”. Convém manter a mesma lógica, ou dá prioridade à designação do crime, ou ao número do artigo. Confronte a nota 30 e 31.

³² Homicídio simples: “Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos”.

³³ Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça.

³⁴ Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

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

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

1.2 Sistemas processuais penais no Brasil e em Portugal: Constituição e Processo Penal

A análise dos sistemas processuais existentes no ordenamento jurídico é de suma importância para termos uma ideia de como a legislação processual penal anda, ou não, em consonância com os ditames constitucionais. Mas sabemos que a alma dos sistemas processuais, advém de toda uma trajetória histórica, pois aí, tem-se a formação das características de cada espécie de sistema que iremos descrever.

O assunto é de tal relevância pois temos o hábito de repetir erros na perspectiva que naquele momento estamos inovando, quando na verdade utilizamos de métodos que por vezes criticamos ou repudiamos, mesmo existindo na nossa história relatos que esses mesmos métodos causaram dor e sofrimento a pessoas, e mesmo assim, e ainda assim, reproduzimos.

No estudo dos sistemas processuais, o nosso principal foco é o sistema acusatório. Este revela um sistema processual penal em consonância com os ditames constitucionais e com tratados internacionais, tendo como exemplo o Pacto de São José da Costa Rica, este de extrema importância na garantia dos direitos humanos.

Países que adotavam o sistema inquisitório e passaram a adotar o acusatório, tiveram que aparelhar toda a estrutura estatal para poder acomodar essa nova sistemática mais constitucional. Neste momento, dar-se mais autonomia, ou pelo menos se tenta, ao poder judiciário, ao ministério público, as defensorias públicas, aos advogados, bem como melhor treinamento aos servidores que tem contato com o público. Tudo isto está no bojo do sistema acusatório.

Desta forma, não se concebe mais nos dias de hoje, observando a arquitetura das sessões nos tribunais, o Ministério Público sentar ao lado do juiz. Neste momento, retomamos ao período inquisitorial, de forma a ficar nítida a aproximação de pessoas que naquele momento parecem ser uma.

Não podemos desprezar que ainda existem fatores determinantes para que se concretize o equilíbrio processual constitucional. Podemos afirmar que a primeira delas ainda é a mentalidade inquisitorial, pois afirmamos estar num modelo acusatório, porém, utilizamos do modelo inquisitorial.

O segundo entrave que podemos apontar é a falta de recursos financeiros para se ter de pé um novo sistema processual. Por último, o ensino jurídico, que é distante da realidade, não preparando aquela pessoa para um mundo que não se aprende ou se tem contato nos bancos acadêmicos, o que faz daquela pessoa um mero positivista.

Devido ao segundo e ao terceiro entrave apontado, podemos afirmar que o profissional (juiz, promotores de justiça, defensores públicos, advogados e agente públicos) se torna um mero repetidor das práticas apontadas no primeiro entrave. Desta forma, não se coloca em prática, ou melhor, não se respeitam as garantias fundamentais do cidadão.

1.2.1 Análise do sistema processual no Brasil

Ao começarmos os estudos sobre sistema processual dentro no ordenamento jurídico brasileiro, não podemos nos furtar, antes, de fazer alguns apontamentos sobre o sistema constitucional no Brasil.

Mas para entendermos melhor, vamos voltar no tempo, e relembrar que o Brasil viveu um longo período ditatorial, começando em 1964 e se estendendo até 1985. Surge então, em 05 de outubro de 1988, a atual Constituição da República Federativa do Brasil, carinhosamente chamada de constituição cidadã.

A atual carta constitucional abraça “os direitos fundamentais ditos de terceira geração ou, mais precisamente, os direitos coletivos, os de solidariedade social e os interesses difusos, sem esquecer, naturalmente, das garantias e direitos clássicos, tanto individuais quanto sociais”³⁵.

Observa-se que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em especial, apresenta um rol extensivo de garantias fundamentais, justamente pelo histórico que o país tem de regimes ditatoriais. Desta forma se “justifica o rol extenso dos direitos fundamentais, o mais extenso dentre todas as constituições brasileiras”³⁶.

O Código de Processo Penal brasileiro, possui na estrutura da persecução penal, até 2008, duas fases: a primeira o inquérito policial e a segunda a ação penal. Com a edição da lei 11.719, de 20 de junho de 2008, é inserido na persecução penal uma fase intermediária, em

³⁵ CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de *et al.* – **Processo penal do Brasil e de Portugal**. p. 35.

³⁶ *Idem.* p. 36.

que passamos a ter a seguinte estrutura: a investigação, o juízo de admissibilidade da acusação e a ação penal. A partir daí temos uma estrutura trifásica.

O juízo de admissibilidade previsto no artigo 395³⁷ do Código Penal Brasileiro, traz os casos em que o juiz, diante da inicial acusatória do Ministério Público, nos casos de ação penal pública ou perante a inicial acusatória do querelante, nos casos de ação penal privada, poderá rejeitar aquelas caso não cumpram os requisitos ali apontados. É um controle ou filtro judicial como forma de garantir o sistema processual acusatório.

Em breve síntese, não podemos passar ao largo do que define o recebimento por parte do julgador, diante do recebimento da denúncia ou queixa-crime. Conforme se observa, o juiz não receberá as peças acusatórias, em primeiro lugar, quando há inépcia da inicial³⁸, ou seja, “quando não contiveram os seus requisitos essenciais, dentre os quais se incluem a descrição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias e a individualização do acusado ou referências pelos quais se possa identificá-lo”³⁹.

Em segundo lugar, como forma de filtro, tem-se a possibilidade de o julgador rejeitar a denúncia ou queixa quando houver falta de pressupostos processuais, ou seja, “compreendem-se aqueles que condicionam a existência e a validade da relação processual”⁴⁰. Esses pressupostos processuais se classificam como subjetivos e objetivos.

Como pressupostos subjetivos temos inicialmente a capacidade de ser parte, ou seja, “na ação penal pública, possui capacidade para ser parte ativa o Ministério Público”⁴¹, já na ação penal privada a “capacidade para integrar o polo ativo é inerente ao ofendido ou ao seu representante legal ou, no caso de morte ou declaração judicial de ausência, a seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (art. 31 do CPP)”⁴².

Neste esteio, os pressupostos objetivos estão classificados, primeiramente, como intrínsecos, ou seja, reverenciam a presença dos requisitos da inicial acusatória considerados no art. 41 do CPP, bem como tem sua classificação como extrínseco, que são os que aludem à

³⁷ “Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal”.

³⁸ CPP, Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

³⁹ AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro – **Processo penal**. p. 275.

⁴⁰ *Idem. Ibidem.*

⁴¹ *Idem. Ibidem.*

⁴² *Idem. Ibidem.*

falta de fatos que impedem à constituição válida do processo, como a litispendência e a coisa julgada⁴³.

Um terceiro mecanismo utilizado pelo julgador na análise do juízo de admissibilidade, é a verificação das condições para o exercício da ação penal, que se materializa nas “condições específicas, que condicionam o exercício da ação penal e que são exigidas em determinados casos a partir de previsão expressa”⁴⁴.

Por derradeiro, fazendo parte deste filtro do sistema acusatório, a rejeição da queixa-crime ou da denúncia, pode ser apontada quando não há justa causa para a ação penal. Neste temos, aquela é “o suporte probatório mínimo em que se deve lastrear a acusação, e que obrigatoriamente deve estar presente, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o *status dignitatis* do imputado”⁴⁵.

Desta forma, respeitando o sistema acusatório prevalecente no sistema processual penal brasileiro, deve o magistrado utilizar-se de tais mecanismos para evitar ações penais sem qualquer fundamentação contra a pessoa ali apontada. O juízo de admissibilidade, que se encontra entre a investigação e a ação penal, é a proteção do cidadão contra as arbitrariedades estatais.

O sistema processual penal brasileiro, que pela estrutura legislativa, é o acusatório, tem como principal objetivo manter o juiz afastado do inquérito policial. Desta forma o julgador não norteia a investigação e nem deve presenciar seus atos. Tem-se como ideal aquele juiz que é garantidor dos direitos fundamentais do indiciado⁴⁶.

Na esteira do momento investigatório, podemos afirmar que

“[...] tanto na investigação presidida pela autoridade policial, como naquela eventualmente presidida pelo Ministério Público, o perfil ideal do julgador dever ser o de controlador da legalidade dos atos praticados e de garantidor dos direitos fundamentais do indiciado”⁴⁷.

⁴³ *Idem. Ibidem.*

⁴⁴ *Idem. Ibidem.*

⁴⁵ AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro – *Op. cit.* p. 276.

⁴⁶ *Idem. Ibidem.*

⁴⁷ *Idem. Ibidem.*

No estudo do bojo do sistema processual penal brasileiro, existem os sujeitos processuais que passaremos a examinar e que é de suma importância para o entendimento do sistema acusatório.

O primeiro a ser descrito é o Juiz. Este, impreterivelmente “não atua na primeira fase, que é a do inquérito policial, a não ser para contemplar qualquer medida cautelar ou coibir qualquer abuso, desde que provocado pelas partes”⁴⁸.

Mas, para realizar suas funções e sem qualquer pressão externa, o constituinte originário brasileiro traz um cardápio de garantias⁴⁹, como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios. Com estas garantias, não se pode negar que o exercício da magistratura é fortalecido, e, desta forma, fortalece seu principal pilar, que é a independência funcional.

Em contrapartida, a este mesmo juiz, a Constituição da República Federativa do Brasil, impõe algumas vedações⁵⁰, que incluem: exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; dedicar-se à atividade político-partidária; receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei e, exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

Em segundo lugar, e também como sujeito do processo, temos o Ministério Público. Este segundo, de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil, é o titular da ação penal pública⁵¹. Desta forma, “ocupa um dos polos da relação processual, por isso é

⁴⁸ *Idem*. p. 46.

⁴⁹ CRFB, Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

⁵⁰ CPP, Art. 95, Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-partidária.

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

⁵¹ CRFB, Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

considerado parte na ação penal pública, condicionada ou incondicionada. Na ação penal privada, oficia como fiscal da lei, zelando pela sua regular aplicação”⁵².

A Constituição brasileira também aponta garantias⁵³ para os membros do *Parquet*, quais sejam, a vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado; a inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa e a irredutibilidade de subsídio. Ressalta-se que as vedações são as mesmas aplicadas aos magistrados.

No mesmo sentido, o terceiro sujeito processual é o réu ou acusado. Este tem “o direito ao silêncio (artigo 5.º, LXIII, da Constituição), e que não pode ser interpretado em seu desfavor”⁵⁴. Devemos também fazer menção sobre a confissão, esta “não vale por si só, devendo ser confirmada por outros elementos de prova (art. 197)”⁵⁵.

Com isto, o acusado “goza de uma pluralidade de garantias constitucionais já referidas”, podemos citar o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, a presunção de inocência, bem como a inviolabilidade de domicílio, da privacidade, a garantia do sigilo das comunicações e a garantia de não produzir provas contra si mesmo.

Outro sujeito processual de vital importância na dinâmica processual é o advogado. A Constituição da República Federativa do Brasil afirma que aquele é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei⁵⁶.

Nesse diapasão, o Código de Processo Penal brasileiro afirma que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor⁵⁷, de forma que, se for desrespeitado, causa nulidade absoluta.

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

⁵² CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de *et al.* – **Op. cit.** p. 47.

⁵³ CRFB, Art. 128, §5º, I - as seguintes garantias:

a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;

b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa;

c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I;

⁵⁴ CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de *et al.* – **Op. cit.** p. 48.

⁵⁵ *Idem. Ibidem.*

⁵⁶ CRFB, Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

⁵⁷ CPP, Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Por derradeiro, temos o assistente de acusação. Esta figura “entre as partes acessórias, secundárias. A doutrina majoritária entende que o assistente não ingressa no processo para auxiliar a acusação, mas para defender, precipuamente, seu interesse na reparação do dano em futura ação cível”⁵⁸.

1.2.2 Análise do sistema processual em Portugal

Partimos do que rege a Constituição da República Portuguesa que, em seu artigo 1º⁵⁹, afirma que a República portuguesa tem como base a dignidade da pessoa humana e a vontade popular, bem como se empenhará na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Dessa forma, a dignidade humana, princípio basilar, também, da Constituição da República de Portugal, irradia todo o texto constitucional, criando, desta forma, limitações ao Estado sobre seus administrados em todos os seus aspectos. Como prova de tal apontamento, temos o próprio preâmbulo⁶⁰, que afirma ter a Constituição restituído aos Portugueses os direitos e as liberdades fundamentais, após ter saído de um regime ditatorial.

Para falar do sistema processual em Portugal, L.G. Grandinetti Castanho de Carvalho et al.⁶¹ ressaltam que devemos compreender a Constituição portuguesa de 1976 à luz dos movimentos políticos e sociais que determinaram a queda da ditadura de Antônio de Oliveira Salazar e da Constituição de 1933.

No que se refere aos direitos fundamentais, a Constituição de 1976 adotou uma concepção antropológica em que o homem se torna centro do Estado português, de modo que

⁵⁸ CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de et al. – *Op. cit.* p. 49.

⁵⁹ Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

⁶⁰ “A 25 de Abril de 1974, o Movimento das Forças Armadas, coroando a longa resistência do povo português e interpretando os seus sentimentos profundos, derrubou o regime fascista. Libertar Portugal da ditadura, da opressão e do colonialismo representou uma transformação revolucionária e o início de uma viragem histórica da sociedade portuguesa. A Revolução restituiu aos Portugueses os direitos e liberdades fundamentais. No exercício destes direitos e liberdades, os legítimos representantes do povo reúnem-se para elaborar uma Constituição que corresponde às aspirações do país. A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno. A Assembleia Constituinte, reunida na sessão plenária de 2 de abril de 1976, aprova e decreta a seguinte Constituição da República Portuguesa”.

⁶¹ *Op. cit.* p. 50.

um extenso rol de proteção aos direitos fundamentais é incluído. Assim, os direitos fundamentais passaram a ser balizas da atuação dos poderes constituídos.

Desse modo, a Constituição portuguesa traz as garantias processuais no artigo 32.º, em que são expressos a presunção de inocência no item 2, o princípio acusatório para a instrução criminal no item 5, a proibição de provas ilícitas no item 8 e o direito do arguido à audiência e à defesa no item 10.

Por força do item 5 d Constituição, o Código de Processo Penal Português obedece ao princípio constitucional acusatório, mas permeado por um princípio investigatório, uma vez que o juiz pode, dentro dos limites do objeto do processo, determinar as diligências probatórias necessárias para se descobrir a verdade material e a boa decisão da causa, conforme artigo 340.º do CPP. Os procedimentos previstos são: comum, sumário, abreviado e o sumaríssimo.

Já no primeiro artigo do Código, são enunciadas as autoridades judiciárias, que são o Juiz, o Juiz de Instrução e o Ministério Público. Ao último compete o poder de dirigir o inquérito (art. 263.º), investigar e agir coercitivamente (inclusive com detenção) para obrigar o comparecimento do arguido, com exceção dos atos privativos do Juiz de Instrução Criminal, discriminados nos artigos 268.º e 269.º.

De acordo com Carvalho et al.⁶², “Tais amplos poderes geraram grande polêmica em face do artigo 32.4, da Constituição portuguesa, que prescreve que toda a instrução é de competência de um Juiz”. De qualquer modo, o Tribunal Constitucional decidiu que o artigo 263.º do CPP é constitucional, por ser pautado em discernimento de legalidade durante a ação penal. Assim, ao Juiz de Instrução, “estão reservados os atos de intromissão nos direitos, liberdades e garantias fundamentais e ao arguido é dada a oportunidade de, no termo do inquérito, suscitar o controle judicial da acusação pública, através do inquérito para a abertura da instrução”.

⁶² *Op. cit.* p. 20.

CAPÍTULO II

2 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS E CONSTITUCIONAIS: FAROL DOS PROCESSOS EQUITATIVOS

Neste capítulo vamos nos ater a alguns princípios que regem o processo penal brasileiro, e em seguida faremos uma apresentação de alguns que envolvem o processo penal português, tendo como objetivo demonstrar que temos como farol alguns ditames que também são utilizados em outros sistemas acusatórios, mais especificamente naquela terra lusitana.

2.1 Princípios inerentes à estrutura do processo penal

De acordo com Germano Marques da Silva⁶³, a origem do processo acusatório “remonta à época e, que o ilícito era predominantemente valorado na perspectiva do interesse privado, donde que o poder de acusar fosse apenas reconhecido ao ofendido e seus familiares”. Posteriormente, esse direito foi estendido a qualquer a qualquer cidadão, mas para que não se exacerbasse as acusações com base no ódio, a um órgão do Estado coube essa função.

Desse modo, atualmente, deve haver um balanceamento entre defesa e acusação, tendo em vista que o acusador é um órgão do Estado:

“[...] arrisca-se o equilíbrio entre a acusação e a defesa, equilíbrio típico do processo de tipo acusatório, quer pela tendência para sobrevalorizar os interesses da comunidade face aos do arguido, quer pela aproximação do acusador ao juiz, já que ambos são órgãos do Estado, quer pela atribuição ao acusador de poderes de autoridade durante o procedimento, em especial na investigação pré-acusatória”⁶⁴.

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal em 1988, passou-se a verificar a necessidade de uma reforma do Processo Penal, decorrente do caráter democrático e do fato de o rol do art. 5º do texto constitucional, trazer garantias asseguradas na Carta

⁶³ SILVA, Germano Marques da – **Curso de Processo Penal**. p. 74.

⁶⁴ *Idem. Ibidem.*

Magna, mas que não estavam previstas no Código de Processo Penal de 1941 não haviam sido recepcionados pelo texto constitucional.

Guilherme de Souza Nucci⁶⁵ esclarece que não há dúvidas sobre o dever de o Estado, por meio dos órgãos competentes, investigar a existência e a autoria de um crime. O sistema processual acusatório envolve o fato de que é competência do delegado (civil ou federal) iniciar o inquérito policial e buscar apurar o fato criminoso. Mas é necessário explicitarmos que a Constituição Federal traz princípios basilares para o sistema processual acusatório, que são: princípio da presunção de inocência, princípio do contraditório e da ampla defesa e princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Analisando alguns princípios que regem o processo penal português, por vezes verificamos que são típicos de um processo equitativo e justo, ou seja, princípios que regem o sistema acusatório norteado consagrado na Constituição da República Portuguesa. Não iremos esgotar aqui todos eles, mas apontaremos os mais importantes para este trabalho e que estão em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro.

Manuel Monteiro Guedes Valente⁶⁶ aborda essa relação umbilical entre o instituto da prova (que inclui a cadeia de custódia da prova) e os princípios constitucionais penais. Alguns desses princípios são concretizações constitucionais de proposições supranacionais inscritos em diplomas internacionais que têm força supraconstitucional, como é o caso de Portugal, ou eficácia constitucional, integrantes da ordem jurídica constitucional de um Estado, como é o caso do Brasil.

2.1.1 Princípio da presunção de inocência ou do estado de inocência

Conforme se extrai do texto constitucional brasileiro, descrito no artigo 5º, inciso LVII, tem-se a afirmação que «ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória». Segundo este princípio, o objetivo é «evitar condenações precipitadas e, especialmente, condenações que possam, potencialmente, vir a ser reformadas, invertendo-se o resultado, a lógica e/ou as consequências da decisão que não transitou em julgado, impedindo-se que o réu seja vítima de uma decisão que depois não se confirme»⁶⁷.

⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza – **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. p. 55.

⁶⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Cadeia de custódia da prova**. p. 41.

⁶⁷ SANTOS, Eduardo Rodrigues dos – **Op. cit.** p. 258.

Ou seja, no plano constitucional, o constituinte originário afirma que o acusado, só será culpado após a sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Desta forma, aquele que, sentindo-se prejudicado em alguma decisão singular ou colegiada, poderia rever, e talvez, desconstruir a decisão que o condenasse.

Ressalta-se que o referido princípio também vem consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, afirmando em seu artigo 11.1, que “Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”⁶⁸.

Não podemos deixar de afirmar que tal princípio vem descrito na Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, de forma que seu texto assim é dito: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”⁶⁹, tudo conforme o artigo 8º, item 2, primeira parte, da referida convenção. Além disso, há estreita relação do princípio da presunção de inocência com a cadeia de custódia da prova, que veremos adiante no capítulo 5 desta dissertação.

2.1.2 Princípio do contraditório e da ampla defesa

O referido princípio está no cardápio de garantias e direitos fundamentais do indivíduo apresentado pela constituição da república Federativa do Brasil. Com isto, vejamos o que diz o artigo 5º, inciso LV, que trata do tema: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Como se observa, o princípio do contraditório é “***pressuposto indeclinável de realização de um processo justo***”, sem o qual a apreciação judicial é ausente de valor”⁷⁰. Ainda nesta esteira, o referido princípio de apresenta como fonte de um processo equitativo, onde as se manifestam e possuem os mesmos direitos e obrigações.

⁶⁸ Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 02 mar. 2019.

⁶⁹ Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 02 mar. 2019.

⁷⁰ SANTOS, Eduardo Rodrigues dos – *Op. cit.* p. 254.

Seguindo, afirma-se que «a natureza processual do contraditório se encontra historicamente na regra *audiatur et altera pars*, que implica na necessidade de se dar ciência a cada litigante “dos atos praticados pelo contendor, para serem contrariados e refutados”⁷¹»⁷². Desta forma, «tem-se que o contraditório é uma garantia processual conferida às partes que lhes assegura, efetivamente, que participarão da formação da convicção do juiz»⁷³.

Num outro giro, ao discorrermos sobre o princípio da ampla defesa, além do mandamento constitucional, o mesmo vem expresso por exemplo, no Pacto de São José da Costa Rica, afirmando que deve garantir-se a “concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa”, bem como “direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor”, e não por menos, tem-se o “direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei”, tudo isto de acordo o que prescreve como garantias judiciais previsto no artigo 8º da referida convenção.

Mas há a previsão também do referido princípio na Declaração Universal dos Direitos Humanos, afirmando que «toda a pessoa acusada de um ato delituoso se presume inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.

O fundamento constitucional para o princípio do contraditório, na Constituição da República Portuguesa, está descrito no n.º 5⁷⁴, do artigo 32º, afirmando que o processo penal possui sua estrutura acusatória, inclusive apontando que toda a audiência e todos os atos instrutórios estão subordinados ao princípio do contraditório.

Desta forma, o referido princípio “traduz o direito que tem a acusação e a defesa de oferecerem provas para provarem as suas teses processuais e se pronunciarem sobre as alegações, as iniciativas, os actos ou quaisquer atitudes processuais de qualquer delas”⁷⁵.

⁷¹ *Idem*, p. 258 (apud SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à constituição**. p. 154).

⁷² SANTOS, Eduardo Rodrigues dos – *Op. cit.* p. 254.

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ 5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.

⁷⁵ SILVA, Germano Marques da – **Curso de Processo Penal I - noções gerais, elementos do processo penal**. p. 92.

Bastante interessante, é o texto constitucional português ao afirmar o princípio do contraditório expressamente. Podemos extrair aqui que, embora o contraditório não seja característico de todas as fases com deixa explícito o legislador constitucional, tanto a acusação quanto a defesa trarão seus fatos e alegações, irão gerir as provas a seu favor bem como aquelas contra eles. Devido a esta dinâmica, fica o juiz a decidir apenas baseado naquilo presente nos autos, desprezando assim seus conhecimentos privados.

2.1.3 Princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas

A Constituição da República Federativa do Brasil afirma no artigo 5º, inciso LVI, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos⁷⁶. O próprio Código de Processo Penal também orienta no mesmo sentido, ou seja, a proibição das provas ilícitas⁷⁷.

Com isto, “deve ser vedada, no processo penal, toda e qualquer prova contrária ao direito, ainda que este direito não decorra da Constituição”⁷⁸. Diante de tal posicionamento, Concorde-se com Jardim quando ele considera eu esta é uma situação que não pode ficar de fora numa futura revisão constitucional o tema não pode prescindir de uma rígida regulamentação na futura Lei maior, evitando-se que provas obtidas por meios aviltantes, como a tortura, por exemplo, ainda encontrem guarida por um magistrado menos afeito com os novos ares democráticos⁷⁹.

Devemos ter em mente que o direito à prova, direito fundamental na Constituição brasileira, não é absoluto, pois como observamos, existem limites constitucionais e legais. Tal regramento tem como objetivo, evitar violações aos direitos fundamentais, quiçá, a direitos humanos. Canotilho⁸⁰ salienta que o direito fundamental à prova não possui a merecida

⁷⁶ 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

⁷⁷ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

⁷⁸ JARDIM, Afrânio Silva – **Doutrinas Essenciais Processo Penal**. p. 35.

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes – **Estudos sobre direitos fundamentais**. p. 169-170.

atenção por parte da doutrina, sendo normalmente inserido em outros direitos constitucionais, como o direito de defesa, ao contraditório, ou a vedação ao uso de provas ilícitas.

Porém, existe uma exceção a essa regra, qual seja, a utilização de provas ilícitas para beneficiar o acusado. Com isto, “a exceção se justifica pela possibilidade de restrição indevida à liberdade do indivíduo – que poderia ficar preso injustamente por anos -, o que justifica uma correção da regra de modo a excluir esta hipótese de seu pressuposto fático”⁸¹.

Defende-se também, na mesma lógica que “a prova não pode ser considerada ilícita quando produzida em legítima defesa, por ser esta uma causa excludente de ilicitude. Nesta hipótese, a prova obtida é considerada lícita ficando, portanto, fora do âmbito de incidência do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição”⁸².

Neste diapasão, não podemos também de apontar que, o Código de Processo Penal nos orienta no sentido de que as provas derivadas das ilícitas, também são consideradas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, a atividade probatória no processo penal brasileiro é realizada, em regra, pelas partes, ou seja, pelo fato de adotarmos o sistema acusatório, a gestão de provas passa a ser das partes, ficando equidistante desta a atividade o magistrado. Sendo bem clara a Constituição que, as provas obtidas ilicitamente e as que derivam desta, são inadmissíveis no processo, salvo exceções como já apontas, devendo inclusive serem retiradas do processo.

O legislador português, no qual o brasileiro acabou se espelhando, cuidou de constitucionalizar expressamente a vedação de provas ilícitas. Contudo, ao contrário do que ocorre na Constituição brasileira, que contém disposição genérica sobre o assunto, a Constituição lusitana possui previsões específicas acerca das hipóteses em que as provas ilícitas serão nulas. Assim, consagra o texto constitucional

A Constituição da República Portuguesa tem o referido princípio em seu texto constitucional, mais precisamente no n.º 8, do artigo 32.º, em que “são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

Já o Código de Processo Penal Português traz interessante artigo que fala sobre os *métodos proibidos de prova*. Temos como norteador o artigo 126º, n.º 1, descrevendo que

⁸¹ NOVELINO, Marcelo – **Curso de Direito Constitucional**. p. 477.

⁸² *Idem*.

“são nulas, não podendo ser utilizadas as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas”.

Desta forma, os “métodos” proibidos de prova abarcam os meios de prova e os meios de obtenção de prova. A amplitude da expressão frequente na lei visa justamente incluir todo e qualquer “método” de prova, isto é, todo e qualquer instrumento intelectual utilizado com o fito de provar um fato juridicamente relevante⁸³.

Assim, verifica-se que o ordenamento jurídico português também traz a defesa da não utilização de provas obtidas por meios ilícitos. Interessante no contexto foi a nomenclatura utilizada pelo legislador no Código de Processo Penal, qual seja, a palavra *método*. Neste abarcando os meios de prova e meios de obtenção de prova. Não dando abertura para qualquer atividade probatória ilícita.

Francisco Marcolino de Jesus⁸⁴ explica que tanto a Constituição quanto o próprio Código de Processo Penal proíbem determinadas provas. Ele se refere à realidade de Portugal, mas no Brasil ocorre do mesmo modo. Há temas de prova que são proibidos, como é o caso dos segredos de Estado; há meios de prova proibidos, como, por exemplo, qualquer meio que não tenha requisito legal; e há alguns métodos de prova proibidos, como é o caso da tortura.

2.1.4 Princípio da acusação

No processo penal português, tal princípio também possui grande relevância no sistema acusatório, ou seja, «ao analisar a estrutura acusatória do processo que é consubstancial a essa estrutura que a intervenção da jurisdição, na sua função específica de julgar, seja solicitada através de um pedido de intervenção: a acusação»⁸⁵.

Extraí-se assim que «a jurisdição não intervém oficiosamente (*nemo iudex sine actore*) nem pode alargar o seu poder de julgar a pessoas e factos distintos daqueles que são objeto da acusação (*sententia debet esse conformis libelo*)»⁸⁶.

⁸³ ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de – **Comentários do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. p. 334.

⁸⁴ JESUS, Francisco Marcolino de – **Os meios de obtenção da prova em processo penal**. p. 93.

⁸⁵ *Idem.* p. 91.

⁸⁶ *Idem.*

Desta forma, entende-se que o juiz ao sentenciar não pode decidir diferente daquilo que foi trazido pela acusação, bem como julgar fatos ou pessoas que não façam parte daquele processo. Desde já, observamos ser um grande avanço, pois a defesa pode realizar seu trabalho sobre aquilo que é apontado pela acusação.

2.1.5 Princípio da presunção de inocência

O referido princípio vem insculpido na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, mas exatamente no n.º 2, do artigo 6º, afirmando que “qualquer pessoa acusada de uma infracção se presume inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu n.º 1, do artigo 11, também no guia no sentido de que “Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”.

Não podemos esquecer também o principal documento que originou tal princípio, qual seja, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, este proclamado na França em 1789. No seu artigo 9º estabelece que “todo o acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

A Constituição da República Portuguesa também traz em seu texto o referido princípio, conforme vemos no n.º 2 do artigo 32.º, afirmando que “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”.

Observamos assim, que tal princípio é primordial para a pessoa, pois até que o referido processo o aponte como culpado, todos os atos instrutórios devem se pautar por este mandamento constitucional e que também é um direito humano.

2.1.6 Princípio do *in dubio pro reo*

Ao surgir o processo, entendemos que a dúvida deve permear até o final, que neste caso, ou seja, no momento em que o juiz for decidir, deve ter a certeza do seu ato. Pois bem, mas por vezes não é assim.

Não podemos esquecer que “a presunção de inocência é identificada por muitos autores como o princípio *in dubio pro reo*, no sentido de que um *non liquet* na questão da prova tem de ser valorado a favor do arguido”⁸⁷.

Entendemos que, ao persistir a dúvida, “o princípio político-jurídico da presunção de inocência imporá a absolvição do acusado já que a condenação significaria a consagração de um ónus de prova a seu cargo, baseado na prévia admissão da sua responsabilidade, ou seja, o princípio contrário a presunção de inocência”⁸⁸.

Assim, se no momento decisório a dúvida permanecer, a decisão não poderá ser outra que não a absolvição. Devemos ter sempre em mente que o que move o processo penal deve ser sempre a dúvida.

⁸⁷ SILVA, Germano Marques da. *Op. cit.* p. 99.

⁸⁸ *Idem.*

CAPÍTULO III

Este capítulo abordará especificamente o estudo do instituto da prova no processo penal enquanto objeto de estudo, as teorias da verdade, a epistemologia, seleção de provas, tipos de prova, prova oral, prova documental, prova digital, ônus da prova, valoração da prova, standards de prova e provas ilícitas.

3 A PROVA NO PROCESSO PENAL

A probática é uma área que tem sido negligenciada pelos juristas, principalmente na formação universitária. Wigmore⁸⁹ conceitua probática como a ciência ou a teoria da prova. Calheiros defende a necessidade de pelo menos um semestre para aprender como se narram os fatos, “como se sabe quais e como se devam narrar, para compreender os processos lógicos inferenciais que permitem dar por estabelecidos certos factos a partir de certas provas, para observar diretamente prova a ser produzida em tribunal, e um longo etc.”⁹⁰.

A apreciação da prova e da decisão judicial quanto aos fatos, enquanto matéria de estudo, é muito importante, de modo que os juristas não podem negligenciar o estudo do juízo, que sobrevaloriza o processo. A autora explicita que há uma tradição de estudo especializado da prova no mundo anglo-saxônico e faz uma retrospectiva de estudos acadêmicos e científicos sobre esse tópico.

Para o Juiz Conselheiro Pires da Graça⁹¹, a prova, “mais do que uma demonstração racional, é um esforço de razoabilidade”, tendo em vista que o juiz pode ter uma posição similar à de um historiador, por buscar a reconstituição de algum fato que se passou anteriormente e que não pode ser reproduzido. Desse modo, o que se chama de dúvida razoável é uma constante, não se podendo exigir certeza, em termos práticos. A respeito desta dúvida, ele esclarece que ela não pode impedir a convicção do Tribunal em uma tomada de decisão. É o caso do princípio do *in dubio pro reo*.

⁸⁹ WIGMORE, John – **The problem of proof**. p. 77.

⁹⁰ CALHEIROS, Maria Clara – **Para uma teoria da prova**. p. 15.

⁹¹ Disponível em: <https://elearning.cej.mj.pt/course/view.php?id=231>. Acesso em: 14 dez. 2019.

A tradição racionalista, de acordo com Calheiros, continua a alimentar o direito da prova anglo-saxônico, determinando a formação dos juristas, que reconhecem que a verdade objetiva é mera aspiração”⁹².

Os conceitos de “verdade material” e “verdade formal”, que continuam a ter curso entre os juristas, têm uma dimensão basicamente normativa e não epistêmica, já que nada nos dizem sobre a ‘qualidade’ da verdade a que se chega, ainda que pareçam ilusoriamente indicar o contrário⁹³.

De acordo com Giacomoli, a função da prova é persuadir o julgador. A acusação busca convencer acerca da existência do fato criminoso e de que este foi praticado pelo imputado, mediante determinadas circunstâncias, em certo local e tempo, com motivação específica e ensejadora de certa adequação jurídica típica. No entanto, “o encargo não cessa aí. Há necessidade de demonstração inequívoca, robusta e consistente para que, primeiramente, seja crível e, num segundo momento possa ser exteriorizado pela fundamentação”⁹⁴.

Assim, as partes se valem das provas com intuito de demonstrar a veracidade de suas afirmações em relação aos fatos, para convencer o julgador, capaz de condenar ou absolver.

3.1 A prova enquanto objeto de estudo

De acordo com Calheiros⁹⁵, a prova é um objeto de estudo interdisciplinar não somente porque várias disciplinas são instrumentais em relação a esta, mas também porque o fenômeno da prova só pode ser compreendido de modo interdisciplinar.

Para Yuri Azevedo⁹⁶, o estudo da teoria da prova ainda é embrionário na doutrina brasileira, de modo que sua aplicação e fontes normativas (caso do Código de Processo Penal)

⁹² “De um modo geral, e em síntese, pode-se dizer que o estudo da prova nos sistemas de *commom law* foi denominado por uma tradição racionalista, de que fizeram parte BENTHAM, THAYER, WIGMORE e CROSS, baseada numa epistemologia realista, assente na defesa da verdade objectiva como objetivo primordial a prosseguir através dos processos judiciais”. *Op. cit.* p. 19.

⁹³ *Op. cit.* p. 20.

⁹⁴ GIACOMOLLI, Nereu José – **Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria criminal**. p. 41.

⁹⁵ *Op. cit.* p. 21.

⁹⁶ AZEVEDO, Yuri – **Ensaio sobre a cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro**. p. 55.

manifestam dispositivos por vezes com tendência inquisitiva que vão de encontro ao sistema acusatório constitucionalmente e convencionalmente adotado pelo Brasil.

Conforme Geraldo Prado⁹⁷, a prova penal está envolta em um sistema de controles epistêmicos que buscam equilibrar a atuação defensiva do Estado e a disciplina probatória, que busca assegurar as garantias do imputado. Devemos considerar que os progressos científicos e tecnológicos dos últimos tempos contribuíram para a evolução de mecanismos que envolvem os meios de obtenção de prova, reflexão que deve existir no contexto da probática.

Não podemos deixar de abordar que Henry Wigmore é o maior estudioso da prova no mundo anglo-saxônico, de modo que o *New Evidence Scholarship* foi um movimento criado para dar continuidade à sua obra. Esse movimento tem como objetivo divulgar a importância da prova e da necessidade de um estudo interdisciplinar desta⁹⁸.

Acreditamos que a lição mais importante do estudo de Wigmore, sobre a Prova é a diferenciação que o autor faz a respeito de ciência da prova (ou probática) e o direito probatório, de modo que a probática consiste no estudo dos princípios da prova, tal como eles são fornecidos por meio dos contributos interdisciplinares da lógica, da psicologia e da experiência geral; já o direito probatório refere-se ao conhecimento de todas as regras jurídicas que se aplicam à prova, principalmente em caráter procedimental.

O estudo wigmoreano buscou apresentar que a prova, “antes de ser juridicamente regulada, é governada pelas regras da própria racionalidade, da lógica, dado o seu carácter indutivo e inferencial”. O autor desenvolveu um método/ferramenta de análise chamado de Wigmore Chart para auxiliar advogados e estudantes de direito a organizar e analisar as informações colhidas das provas⁹⁹.

Por fim, embora a teoria da prova e o direito da prova sejam distintos, são indivisíveis, de sorte que as normas de direito da prova constituem um enquadramento e um farol que guia a prova e o conhecimento dos fatos. Em contrapartida, a teoria da prova pode ser utilizada como elemento de reflexão e de crítica sobre o direito da prova, por apontar inconsistências e caminhos possíveis.

⁹⁷ PRADO, Geraldo – **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**. p. 42.

⁹⁸ CALHEIROS, Maria Clara – *Op. cit.* p. 22.

⁹⁹ *Op. cit.* p. 24.

3.2 Provas e Teorias da Verdade: Epistemologia

A verdade é um indicador epistêmico, mas, de acordo com Geraldo Prado, é um equívoco supor-se que realidade e verdade são a mesma coisa, levando-se em conta a epistemologia. Outro absurdo seria supor, ainda, que o juiz, pelo seu aparato intelectual e seus anos de prática jurídica, estaria em condições de ter acesso à realidade, pois a noção de real é particular e envolve o estar no mundo. Conforme Prado¹⁰⁰:

“O processo de responsabilização criminal, no entanto, não lida com a dimensão da realidade nestes termos. O juiz não decide sobre o que está experimentando, mas acerca de um fato que pode ou não ter ocorrido ou até mesmo pode ter ocorrido, mas não necessariamente como as partes afirmam que existiu”.

Nesse sentido, Prado acredita que o juízo sobre determinado fato não engloba a dimensão da realidade, mas, por estar inacessível, coloca o problema da “verdade das proposições”.

Maria Clara Calheiros¹⁰¹ aborda o problema da verdade no contexto das diferentes leituras do processo judicial e afirma que a obtenção da verdade (seja formal ou material) ainda é uma finalidade que norteia os processos judiciais portugueses de todas as naturezas (civil, penal, administrativa, tributária etc.), bem como na tradição jurídica ocidental.

Na contemporaneidade há diferentes entendimentos sobre o significado da verdade, partindo de diferentes pontos de vistas, seja ideológicos, epistemológicos ou pragmáticos. Assim, para a autora, “[...] a prova apresenta-se como meio de estabelecimento da verdade, no processo, uma vez que confirma a realidade dos factos alinhados pelas partes em conflito nas suas peças processuais”¹⁰².

¹⁰⁰ PRADO, Geraldo – **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. p. 22.

¹⁰¹ CALHEIROS, Maria Clara – **Para uma teoria da prova**. p. 52.

¹⁰² *Idem*. p. 65

A ideia de verdade como fim do processo judicial apresenta divergências, de modo que Gascón Abellán¹⁰³ a dividiu em: Teorias semânticas da verdade como correspondência, teorias sintáticas da verdade como coerência e teorias pragmáticas da verdade.

Nas teorias semânticas da verdade como correspondência, acredita-se que a verdade está na adequação de um enunciado à realidade. Já nas teorias sintáticas como coerência, a verdade do enunciado é resultado da sua uniformidade com coerência dentro de um conjunto de enunciados. E nas teorias pragmatistas da verdade, o enunciado é aceito como verdadeiro caso se estabeleça aceitável, seja por servir a algum fim ou por ser aceito por um grupo.

Ferrajoli¹⁰⁴ considera que no domínio jurídico penal não há como prescindir da verdade, sob pena de consequências desastrosas, o que ruiria todo um edifício de teorias garantísticas penais.

Desse modo, o realismo do positivismo se defrontou com inúmeras críticas, que apontaram que a certeza da descoberta da verdade só parece ocorrer quando se reuniu todas as provas relevantes para esse entendimento, bem como a fidelidade das observações das testemunhas, o que parece impossível.

Entretanto, as posições mais céticas em relação à verdade processual relativizaram a fiabilidade dos resultados a que a averiguação de fatos no processo conduziria, negando a existência da verdade objetiva, por a verem como resultado de uma reinterpretação do passado. Essa visão também afeta a relação entre processo judicial e justiça.

Michele Taruffo¹⁰⁵, ao abordar a prova e as teorias da verdade traz a ideia de que a verdade como condição necessária à justiça das decisões judiciais não é o único problema nos litígios. O próprio conceito de verdade judicial é duvidoso.

“A verdade que pode ser alcançada nesse contexto é definida com “formal” ou “convencional” e é concebida, por várias razões, como uma verdade bastante diferente da verdade não judicial ou extrajudicial: porque os processos judiciais constituem um contexto muito especial; porque as partes e o juiz não podem se valer de qualquer meio possível para buscar a verdade (uma vez que devem se submeter a diversas regras relativas à admissibilidade e à produção da prova); e, também,

¹⁰³ GASCÓN ABELLÁN, Marina – Los hechos em el derecho. p. 54 apud CALHEIROS, Maria Clara – *Op. cit.* p. 71.

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi – *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* p. 37.

¹⁰⁵ TARUFFO, Michele. *A prova.* p. 23.

porque hão de abandonar a busca pela verdade quando a necessidade de alcançar uma solução final para o litígio se sobrepuser à necessidade de coletar provas adicionais.”¹⁰⁶

Não há diferença epistemológica entre a verdade judicial e não judicial, tendo em vista que ambas utilizam os mesmos meios, como documentos, testemunhos, gravações, argumentos etc. A busca pela verdade depende das provas e de sua livre apreciação¹⁰⁷. “Os problemas filosóficos e epistêmicos do conceito geral de verdade aproximam-se àqueles da verdade judicial, pela simples razão de que um e outro conceito não diferem substancialmente”¹⁰⁸. Entretanto, há premissas filosóficas que rebatem a ideia de que seja possível alcançar a verdade dos fatos no contexto judicial justamente pela impossibilidade de obter a própria noção geral de verdade.

Outra questão que existe sobre a epistemologia da verdade é a distinção filosófica entre verdade absoluta e verdade relativa. Tal hipótese considera que, em se tratando de contexto judicial, científico ou empírico, a verdade é sempre relativa, pois a verdade absoluta só seria possível no campo da metafísica ou nos domínios da religião.

No contexto da discussão sobre verdade, a teoria da coerência e a teoria da correspondência, como as que foram apresentadas por Calheiros ao recorrer a Gaston Abellán, em que, segundo a teoria da coerência, “a verdade de um enunciado de fato é somente a função da coerência de um enunciado específico em um contexto de vários enunciados”, pois tanto a verdade quanto a mentira só podem ser previstas por meios dos enunciados; e na teoria da correspondência, a verdade será um resultado da correspondência entre o enunciado e um estado empírico dos fatos¹⁰⁹.

Cada uma das teorias da verdade aqui citadas se mostrou complexa e controversa devido a muitos fatores filosóficos, não sendo possível o exame minucioso delas neste trabalho. De qualquer modo, cabe esclarecer que, no caso dos relatos das partes, dos advogados e das testemunhas como meios de prova, como bem ressalta Michele Taruffo, a coerência da narrativa desempenha importante papel no convencimento.

¹⁰⁶ *Idem. Ibidem.*

¹⁰⁷ *Idem.* p. 24.

¹⁰⁸ TARUFFO, Michele - *Op. cit.* p. 25.

¹⁰⁹ *Op. cit.* p. 26.

“Em verdade, o advogado não é alguém que busca a verdade de maneira neutra e desinteressada: seu objetivo é buscar a vitória, pouco importando se a verdade é descoberta. [...] Todavia, o ponto de vista do juiz e do jurado é substancialmente diferente: supõe-se que sejam neutros e ‘imparciais’, uma vez que se espera que decidam o caso elegendo uma versão verdadeira dos fatos em litígio. Assim, requer-se que usem os meios de prova como um recurso heurístico e não como um argumento persuasivo”¹¹⁰.

Assim, tanto os juízes como os jurados devem buscar resolver a problemática para decidir de modo racional. É necessário esclarecer que relatos coerentes e persuasivos também podem ser falsos, forte argumento para se rejeitar essa teoria.

Já a verdade como correspondência tem maior sustentação, por defender que determinada decisão “é verdadeira quando corresponde aos eventos que realmente ocorreram na situação empírica que está na base da controvérsia judicial”¹¹¹.

Taruffo traz também os conceitos de certeza e decisão, pois até o momento da decisão judicial, há o “status epistêmico” de incerteza, em que não há certeza absoluta do cometimento ou não de determinado crime. Por isso que a decisão só ocorre após minucioso exame das provas, que servem justamente para ajudar o juiz ou os jurados a solucionar o problema epistêmico da verdade. Assim, aquele autor afirma que: “decidir sobre os fatos significa fazer uma escolha que supere a incerteza e resolva a dúvida acerca da veracidade ou falsidade sobre os enunciados acerca desses fatos”¹¹².

Até mesmo quando a posição de que a verdade dos fatos em processo pode ser estabelecida com base em elementos de prova consideráveis é adotada, a questão da verdade judicial ainda é problemática.

Yuri Azevedo explica que a “verdade judicial” está estritamente ligada à prova dentro do campo do saber ciência jurídica, tendo em vista que o conceito de verdade está presente em diversos campos do saber, como Filosofia, Lógica, Psicologia, de modo que o que evidencia essa verdade é o “campo de sua prospecção, uma vez que há regras a serem respeitadas na pesquisa da verdade no campo do processo”¹¹³.

¹¹⁰ *Idem.* p. 27.

¹¹¹ *Idem.* p. 28.

¹¹² *Op. cit.* p. 29.

¹¹³ *Op. cit.* p. 37

Desse modo, a prova equivale à verdade, uma vez que ela serve como um caminho pelo qual o juiz deve trilhar durante o processo em busca da verdade de uma afirmação. Somente pelas provas que o juiz poderá alcançar um estado de certeza sobre a verdade dos fatos. A incerteza é o que pode levar à absolvição de um réu, tendo em vista que a presunção de inocência, no ordenamento jurídico do Brasil, bem como no ordenamento português, serve como resolução de possível dúvida.

Há várias posições em relação à verdade processual, conforme argumenta Azevedo, como é o caso da negação da verdade, voltada à tendência irracionalista, de modo que, citando Badaró, o autor argumenta que a falta de uma verdade processual é capaz de levar à inutilidade da discussão sobre a prova, tendo em vista que, se não há verdade a ser discutida, deve-se decidir apenas pelo ônus da prova.

Já outra corrente que admite a verdade processual – de que são defensores Richard Rorty e outros filósofos estadunidenses – entende que, mesmo não havendo verdade absoluta, alguma noção de verdade deve ser sempre buscada. Partindo do ponto de vista de que o conhecimento é algo inventado, ele:

“reflete as relações de poder e dominação sobremaneira expressos no campo do processo penal, em que a parcialidade e defesa de interesses faz com que os fatos apresentados em juízo, tendentes a desenhar um quadro de conhecimento na mente do julgador, não se relacionem necessariamente com a verdade dos fatos, ou seja, aquela dita absoluta”¹¹⁴.

Ainda em relação à verdade, Patrícia Silva Pereira¹¹⁵ argumenta que uma das dificuldades sobre essa temática está no fato de a circunstância do processo não tratar especificamente com os fatos ainda a serem julgados, mas com o que sobre eles é dito, com as provas produzidas. Assim, a finalidade da prova é tornar verossímil determinado fato.

Essa concepção, em que o conceito de verdade é substituído pelo conceito de verossimilhança considera que o conhecimento humano é limitado à “aparência de verdade”, e nunca uma verdade material e objetiva.

¹¹⁴ *Idem*. p. 42.

¹¹⁵ PEREIRA, Patrícia Silva – **Prova indiciária no âmbito do Processo Penal**. p. 16.

Nesta concepção, cresce também a noção de “indícios” probatórios, enriquecendo a problemática da verdade no âmbito da epistemologia., sendo bastante útil no âmbito judiciário.

3.2.1 Fatos

No âmbito do processo judicial, a avaliação da realidade fática exige do juiz a análise dos fatos. Os fatos vêm antes das provas e das considerações a respeito da verdade, sendo condição essencial para se chegar a uma consequência jurídica após investigação.

Calheiros argumenta que a complexidade “diz respeito à enorme diversidade de factos que podem estar sujeitos à análise em juízo, alguns dos quais, pela sua particular natureza, representam um autêntico desafio”¹¹⁶. Assim, toda essa diversidade de fatos dificulta a construção da noção de fato unívoca.

Pereira explana que “as dificuldades probatórias também decorrem da existência de factos complexos por contraposição aos factos simples”. Esses fatos complexos citados por Pereira possuem uma série de elementos e são difíceis de serem provados. Assim, os fatos também são divididos em fáceis e difíceis conforme os meios de prova.

3.3 Seleção das Provas

As provas são selecionadas mediante admissibilidade e relevância . Essa seleção preliminar envolve os meios de provas admissíveis e que podem ser apresentados no curso do processo.

Taruffo argumenta que provas relevantes são aquelas “que possuem uma conexão lógica com os fatos em litígio, de modo que a conclusão acerca da verdade de tais fatos possa ser por esses elementos sustentada”¹¹⁷. Desse modo, todos os sistemas processuais selecionam provas úteis e determinantes para o processo.

A relevância lógica na seleção das provas envolve o fato de que o juiz deverá utilizar um raciocínio hipotético para analisar se a prova será útil ou inútil para determinar o fato

¹¹⁶ Op. cit. p. 77.

¹¹⁷ *Idem.* p. 35.

específico em litígio, para assim estabelecer sua relevância. Mas, antes disso, o juiz deverá analisar os elementos de prova pelas regras e critérios de admissibilidade jurídica, tendo em vista que determinada prova pode ter relevância lógica, mas não ser admitida como meio de prova, o que gera nulidade.

Um elemento de prova que não seja admissível juridicamente, não importando sua relevância probatória, deve ser descartado. As normas de admissibilidade de prova envolvem concepções acerca da natureza e da função da prova dentro de determinado contexto processual. Tais regras são “de exclusão”, por determinarem o que não deve ser admitido, muitas vezes com o propósito de prevenir a desobediência a princípios, erros e interpretações errôneas; ou até mesmo essas regras podem envolver a discricionariedade do tribunal.

3.4 Tipos de provas

Conforme Caroline Regina Oliveira Vasconcelos¹¹⁸, diferenciar os tipos/elementos de provas são importantes até mesmo quando se trata de prováveis irregularidades envolvendo os meios de provas.

De acordo com Michele Taruffo¹¹⁹, as provas são multifacetadas, pois variam segundo diversos fatores: históricos, culturais e jurídicos. “Atualmente, diversas são as tipologias utilizadas para esboçar uma imagem detalhada do amplo campo dos chamados ‘meios de prova’”.

Já segundo Francisco Marcolino de Jesus¹²⁰, as provas podem ser objeto de diversas classificações, conforme subdivisão em provas: perfeitas e imperfeitas, diretas e indiretas, pessoais e reais.

Taruffo não classifica os tipos de prova, mas estabelece algumas distinções entre eles.

a) Provas diretas e indiretas

¹¹⁸ VASCONCELOS, Caroline Regina Oliveira – **Ensaio sobre a cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro**. p. 155.

¹¹⁹ *Idem*. p. 57.

¹²⁰ *Op. cit.* p. 85.

Taruffo esclarece que todos sistemas fazem a distinção entre provas diretas e provas indiretas, embora possam utilizar nomes diferentes. No caso da primeira, pode-se chamar também de “material” e a segunda ser chamada de “evidência circunstancial”¹²¹ ou indiciária¹²².

A prova é direta quando se conecta imediatamente com o fato relevante ou principal, já a prova indireta trata de indícios relativos ao fato relevante. Francisco Marcolino de Jesus¹²³ conceitua indícios como “sinais, marcas, indicações de ocorrência de um crime”.

b) Provas positivas e provas negativas

Segundo Taruffo, a diferença entre provas positivas e negativas deve ser estabelecida, tendo em vista a relação entre a prova e o fato a ser corroborado. Assim, a prova positiva é aquela que tem “por objeto demonstrar a verdade de um enunciado fático; uma prova negativa ou contraprova, por sua vez, tende a demonstrar a falsidade de um enunciado fático, isto é, que o fato não aconteceu”.¹²⁴

c) provas perfeitas e imperfeitas

Francisco Marcolino de Jesus¹²⁵ traz também a classificação de provas em perfeitas e imperfeitas. Resumidamente, entende-se por provas perfeitas aquelas que não deixam dúvidas a respeito de determinado sujeito ser réu ou não no processo penal, já as imperfeitas são aquelas que apenas sugerem indícios que só se comprovam com a obtenção de novas provas, que juntas podem formar uma prova perfeita.

¹²¹ *Op. cit.* p. 58.

¹²² Acórdãos portugueses

¹²³ *Op. cit.* p. 87.

¹²⁴ *Op. cit.* pp. 58-59.

¹²⁵ *Op. cit.* p. 86.

3.5 A prova oral

Os meios de prova por escrito, documental, são historicamente mais adequados, mas quando não há documento que comprove determinado fato, podem ser utilizados como meio de prova o testemunho e a confissão oral ou escrita.

De acordo com Taruffo¹²⁶, no âmbito das provas orais, incluem diversos meios de prova, como testemunhas, as partes do processo e até mesmo peritos. Essas provas orais são adquiridas por meio de interrogatórios.

De acordo com Calheiros, a testemunha é sempre um narrador, pois ela deve apresentar um relato dos fatos. Geralmente, cabe ao juiz inquirir as testemunhas, mas em alguns casos esse papel de elaborar perguntas pode ser desempenhado pelos advogados que representam as partes do conflito ou pelo Ministério Público.

Em todos os sistemas jurídicos há a exigência de que as testemunhas digam sempre a verdade, o que varia é a sanção em caso de descumprimento dessa obrigação jurídica.

“[...] para que seja fonte útil de declarações confiáveis, uma testemunha deve ser competente e digna de crédito. Esse parece um requisito muito óbvio para uma pessoa que se supõe dizer a verdade, que normalmente jura dizer a verdade e que emite declarações que podem ser usadas como prova para descobrir a verdade sobre os fatos em litígio”¹²⁷.

Portanto, é inerente à condição de testemunha a confiabilidade, apesar de os sistemas já terem desenvolvido formas de verificar a credibilidade de determinada testemunha e a fidedignidade de testemunhos prestados.

De qualquer modo, é muito difícil excluirmos algum testemunho. Por exemplo, no sistema brasileiro e português as crianças podem ser testemunhas, mas deve ser apreciado com cuidada atenção, ainda mais porque elas não fazem juramento¹²⁸. A capacidade mental de

¹²⁶ *Op. cit.* p. 59.

¹²⁷ TARUFFO, Michele – *Op. cit.*, p. 60.

¹²⁸ Artigo ... do CPP brasileiro e do CPP

uma testemunha pode ter alguns problemas, mas como é passível de ser averiguada a credibilidade, a pessoa, mesmo com problemas mentais, pode ser ouvida¹²⁹.

Michele Taruffo¹³⁰ apregoa que os sistemas mais modernos, como o da Espanha, da Inglaterra e dos Estados Unidos, por exemplo, consideram que todos são competentes para ser testemunhas, por terem habilidade de observação, de memória e de falar a verdade. Também Portugal, desde a entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, eliminou a proibição de os interditos serem testemunhas deixando ao juiz a apreciação

O autor também ressalta que em todos os sistemas jurídicos, o testemunho oral é o mais comum, mas atualmente admite-se a apresentação de testemunhos escritos, para se economizar tempo e dinheiro, ocorrendo geralmente na fase preliminar ao juízo, durante a fase de *discovery*.

3.6 A prova documental

A prova documental está inserida dentro das provas escritas. Taruffo¹³¹ contextualiza a sua existência no âmbito jurídico com o comércio e os negócios financeiros, quando há a necessidade de certificar e conferir confiabilidade a um documento. De acordo com a autora, o direito material e processual reconhece essa prática de provas escritas em processos judiciais.

É necessário, no entanto, diferenciarmos “documento” e “prova documental”, tendo em vista que os conceitos podem variar. Assim, Taruffo¹³² apresenta que na maioria dos sistemas, documento é considerado de modo amplo, como qualquer coisa que possa representar um fato, o que inclui documentos escritos e não escritos, como fotos e vídeos, por exemplo.

No entanto, há sistemas que conceituam estritamente como documento apenas escrito. Assim, a autora detalha os vários tipos de documentos que podem servir como prova nos sistemas de *common law*.

¹²⁹ Note-se que até à entrada em vigor da Lei dos Maiores acompanhados em Portugal os interditos por anomalia psíquica não podiam ser testemunhas, embora pessoas com reduzidas capacidades pudessem ser, caso não se encontrassem interditas, o que constituía uma desrazoável restrição da liberdade do juiz na apreciação da prova – art. 131.º CPP – lei n.º 49/2018, de 14 de agosto

¹³⁰ p. 62.

¹³¹ *Op. cit.*, p. 73.

¹³² *Idem*.

“Nos sistemas de *common law*, admitem-se provas documentais como qualquer outro meio de prova e seu valor probatório não é determinado pela lei. Não obstante, o problema pode ser determinar se um documento é confiável: uma vez apresentado para provar seus próprios conteúdos, o documento deve ser genuíno”¹³³.

O uso e o valor probatório dos documentos consistem na suposição da autenticidade e na confiabilidade, para que assim possam ser utilizados como meios de prova.

3.7 A prova digital

Com as novas tecnologias de informação e comunicação, surgiram na contemporaneidade formas de comunicação responsáveis pela necessidade de adaptação de leis penais, conforme assevera Armando Dias Ramos:

“A par da criação dos tipos legais informático-digitais, houve a necessidade de criar regras processuais que não beliscassem a produção de prova. E estas regras, em constante mutação, foram criadas e adaptadas, mas nem sempre acompanharam o desenvolvimento que a tecnologia informático-digital tem vindo a evidenciar nestes últimos anos”¹³⁴.

Abordando o desenvolvimento dos últimos anos e sobre as regras processuais que tiveram que se adaptar, o autor citado trata sobre o correio eletrônico (*e-mail*) como meio de prova, que não pode ser equiparada ao correio tradicional, de modo que Ramos alerta que a prova digital possui características peculiares de recolha e produção de outras provas processuais¹³⁵.

¹³³ TARUFFO, Michele – *Op. cit.* p. 79.

¹³⁴ RAMOS, Armando Dias – **A prova digital em processo penal: o correio eletrônico**. p. 24.

¹³⁵ *Idem.* p. 26.

Além disso, com a era digital, cada vez mais os agentes recorrem às novas formas de comunicação para a prática de crimes. Distinguir o que efetivamente é crimes informático daqueles outros crimes que apenas são cometidos por via informática não é tarefa fácil¹³⁶.

Com o avanço significativo da era digital, é necessário lançarmos mão de meios e técnicas que possam prevenir situações criminosas, o que traz a discussão do controle da internet pelo presidente do EUA para combater o terrorismo, por exemplo, em uma medida drástica e autoritária.

Ramos também destaca o caso Edward Snowden, espião estadunidense que delatou práticas ilícitas de espionagem de cidadãos anônimos pela NSA – Agência de Segurança Nacional americana, que, inclusive, lia e-mails trocados entre a população, e as recentes notícias de que a *Google* armazena e-mails dos utilizadores para desenvolver anúncios específicos para o usuário.

Assevera o autor que a última reforma do CPP português ignora a parte informático-digital, mesmo tipificando penalmente condutas que envolvem violação de correspondência¹³⁷. O que ocorre atualmente é que se estende o regime de interceptação do correio eletrônico ao regime das escutas telefônicas, conforme o art. 189.º do CPP. Já na Lei do Cibercrime (LC)¹³⁸, como bem destaca Ramos, aplica-se o regime da apreensão de correspondência, previsto no art. 179.º do CPP, no que se refere à apreensão de mensagens de correio eletrônico, conforme art. 17.º¹³⁹.

Ramos considera que a extensão para o regime de intercepção e gravação de escutas telefônicas foi uma boa escolha do legislador, tendo em vista que há uma intromissão no conteúdo privado, por mais que tratem de meios comunicacionais diferenciados¹⁴⁰.

A respeito do correio eletrônico em outros ordenamentos jurídicos, Ramos compara o atual regime em Portugal, que consagra a equiparação da apreensão do correio eletrônico ao regime da apreensão da correspondência, com o de diversos países. No caso brasileiro, o autor ressalta as similitudes entre os dois ordenamentos, tendo em vista a equiparação entre o *e-mail* e a correspondência tradicional¹⁴¹.

¹³⁶ *Idem.* p. 37.

¹³⁷ *Idem.* p. 45.

¹³⁸ Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro.

¹³⁹ O art. 179.º do CPP estabelece que “sob pena de nulidade, o juiz pode autorizar ou ordenar, por despacho, a apreensão [...] de cartas, encomendas, valores, telegramas ou outra qualquer correspondência”.

¹⁴⁰ *Op. cit.* p. 58.

¹⁴¹ *Idem.* p. 85.

No nível doutrinário, há correntes divergentes, pois há aqueles que consideram que qualquer mensagem de correio eletrônico é correspondência e, desse modo, em caso de violação, poderia ser aplicado o art. 151¹⁴² do Código Penal Brasileiro; e há aqueles que consideram que somente o *e-mail* criptografado é equivalente à correspondência, pois o e-mail comum, sem criptografia, pode ser interceptado durante o seu percurso e lido por outrem.

Para esta última corrente, como o correio eletrônico encriptado unicamente pode ser decodificado pelo destinatário da mensagem, há a manutenção da integridade e do sigilo da mesma. Em havendo a quebra da criptografia, sugerem que seja aplicado, portanto, o art. 151 do CP¹⁴³.

3.8 Ônus da prova

O conceito de ônus da prova é próximo da noção de encargo, de modo que quem tem o “ônus da prova” é que deve provar, ou seja, no Direito esta expressão é usada para determinar quem é a pessoa responsável por provar algo.

Nesse sentido, cabe esclarecer que a defesa não possui obrigatoriedade de corroborar os fatos, ou seja, não sofre consequências caso não haja comprovação, mas sabemos que isso pode contribuir para desarticular a tese acusatória.

Yuri Azevedo destaca a importância de conceituar, aos olhos da doutrina, o ônus da prova com vieses objetivo e subjetivo:

“Tendo em vista o viés objetivo, o ônus independe da atividade das partes no processo, sendo direcionado ao juiz, impondo-lhe uma ‘regra de julgamento’ para solucionar eventual dúvida ao decidir. De outro lado, o aspecto subjetivo do ônus da prova corresponde ao encargo ‘que pesa sobre as partes de buscar as fontes de prova e introduzi-las no processo, pelos meios de prova’¹⁴⁴.

¹⁴² Art. 151 - Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

¹⁴³ RAMOS, Armando Dias – *Op. cit.* p. 87.

¹⁴⁴ AZEVEDO, Yuri – *Op. cit.* p. 81.

No caso do ônus da prova com viés subjetivo, o autor destaca que o estímulo à produção de provas por meio das partes contribui para a decisão do julgador, que busca um julgamento favorável e que atenda à verdade judicial possível.

3.9 Direito à prova

A temática do direito à prova, no direito brasileiro, encontra seus alicerces na Carta Magna de 1988, mais especificamente no art. 5º, inciso LIV, que dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Ou seja, o direito à jurisdição garantido é plenamente exercido por meio de um processo em que as partes tenham assegurado o direito ao contraditório.

Yuri Azevedo ressalta que mesmo indiretamente o direito à prova, na medida em que assiste às partes envolvidas no processo penal, acusação e defesa, é acolhido, pela probabilidade de oferecer argumentos esteados em afirmações fáticas para que essa seja o alicerce do convencimento e futura decisão judicial¹⁴⁵.

Desse modo, o direito à prova é subjetivo e democrático, no sentido em que as partes podem contribuir ativamente, em todas as fases endoprocessuais e extraprocessuais, com a procura e a descoberta de materiais probatórios para colaborar com a decisão judicial.

3.10 Valoração da prova

A valoração da prova é uma etapa em que cabe ao juiz, de posse do conjunto probatório, avaliar as afirmações feitas sobre o fato penal e elaborar seu convencimento. Yuri Azevedo¹⁴⁶ destaca que a doutrina contemporânea possui três sistemas de valoração da prova, quais sejam:

- a) íntima convicção;
- b) prova legal; e
- c) livre convencimento motivado.

¹⁴⁵ *Idem.* p. 83.

¹⁴⁶ *Op. cit.* p. 88.

3.10.1 Sistema da íntima convicção

De acordo com o que aborda Yuri Azevedo¹⁴⁷, o sistema da íntima convicção é definido pela atribuição ao juiz de decisão com base em crença íntima, sem necessidade de justificativa ou motivação de sua decisão. Ou seja, nesse sistema, o magistrado utiliza elementos que não constam no bojo do processo para valorar as provas, em decisão totalmente arbitrária.

Ainda há resquícios desse sistema no contexto do Tribunal do júri, pois os jurados decidem de acordo com suas convicções pessoais e não têm a necessidade de fundamentar as suas decisões, pois o voto é secreto. De qualquer modo, o Código de Processo Penal brasileiro, no art. 593, 3º, limita a decisão dos jurados ao trazer a previsão de que, em caso de contrariedade em relação às provas apresentadas nos autos, cabe novo julgamento do processo eivado de vício.

3.10.2 Sistema da prova legal

Esse sistema também pode ser chamado de sistema de prova tarifada. Nele, os elementos de prova já são previamente valorados pelo legislador, de modo que o julgador fica adstrito a esse valor determinado na apreciação das provas. Nesse sistema, não há muito espaço para a discricionariedade, por reduzir o poder do julgador¹⁴⁸. Mesmo os sistemas que adotam o sistema da liberdade na apreciação da prova, como o sistema português e o brasileiro, existem algumas provas que estão tarifadas. Seja exemplo a prova por documento autêntico.

3.10.3 Sistema do livre convencimento motivado

¹⁴⁷ *Idem.* p. 89.

¹⁴⁸ AZEVEDO, Yuri – *Op. cit.* p. 91.

O livre convencimento motivado ocorre na forma de valoração em que o juiz é livre para valorar as provas que estão nos autos do processo, sendo imposto a ele que a faça de modo motivado, isto é, com fundamentação. Percebe-se, então, que o magistrado não está constrito a qualquer juízo de valoração prévio imposto pelo legislador, podendo mensurar a prova da maneira que perceber ser a mais convincente, desde que haja motivação para a sua decisão. Esta é a regra aplicada no processo penal brasileiro¹⁴⁹.

No sistema português, a prova pericial encontra-se, em princípio, subtraída à livre apreciação da prova. De facto, nos termos do artigo 163.º do Código de Processo Penal, caso a convicção do julgador difira do juízo contido no laudo pericial, o tribunal poderá não o aceitar, devendo, no entanto, fundamentar a divergência.

3.11 Standards de prova

Os standards de prova são os critérios que o juiz estabelece para uma confirmação probatória, são os critérios de valoração da prova.

Michele Taruffo¹⁵⁰ assevera que o tema dos standards de prova deve ser discutido para se abordar o uso probatório da ciência, tendo sido largamente aplicado no processo civil dos países da common law, conforme explica Azevedo¹⁵¹. Mas, em relação ao processo penal, em que um dos princípios fundamentais mais sensíveis é desrespeitado, que é o caso do princípio da liberdade, o standard é ainda mais qualificado, seguindo a máxima “além da dúvida razoável” (em inglês, *beyond a reasonable doubt*)¹⁵².

Esse princípio leva em consideração que uma condenação somente pode acontecer quando o julgador alcançar um alto grau de certeza do crime cometido, de modo que esse critério está intimamente ligado ao princípio da presunção de inocência.

Ao definir o standard de prova, Taruffo assim o faz, considerando que ele:

“[...] estabelece que, quando sobre um fato existirem provas conflitantes, o julgador deverá sopesar as probabilidades relativas às diferentes versões dos fatos e fazer

¹⁴⁹ *Idem.*

¹⁵⁰ *Op. cit.* p. 302.

¹⁵¹ AZEVEDO, Yuri. *Op. cit.* p. 92.

¹⁵² *Idem.*

uma escolha em favor da afirmação que lhe parecer relativamente mais provável, com base nos meios de prova disponíveis”¹⁵³.

Deste modo, os standards de prova existem como um sistema que busca reduzir ao mínimo a provável condenação de inocentes.

3.12 Prova ilícita

Necessário se faz mencionar que com a nova ordem jurídica constitucional inaugurada pela Constituição da República em 1988, em que prevalece a afirmação e proteção dos Direitos e Garantias Fundamentais, o direito à prova encontrou limitação de ordem constitucional, qual seja, a inadmissibilidade das provas ilícitas, *maxime* pelo intuito de proteger os cidadãos contra as investidas arbitrárias do Poder Público

Nesse íterim, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos”, conforme determina o art. 5º, inciso LVI da Norma Basal, visando proteger e tutelar os direitos e garantias individuais, como à intimidade, à privacidade, à imagem, à inviolabilidade do domicílio e a qualidade do material probatório levado ao julgador para que seja, a seu tempo, devidamente valorado.

Merece destaque a redação originária do art. 157 do Código de Processo Penal brasileiro que não fazia menção acerca da problemática das provas obtidas ilicitamente, dispondo apenas que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação das provas”. Com a edição da Lei 11.690 que conferiu nova redação aos artigos 155 e 157 do Código de Processo Penal, dentre outros, passou a legislação infraconstitucional a inadmitir as provas obtidas ilicitamente, devendo ser desentranhadas, em verdadeira e merecida homenagem ao que dispõe a Norma Fundamental no art. 5º, LVI.

Considerada a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente como verdadeiro princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, e sua disciplina infraconstitucional prevista o art. 157 do CPP, urge alguns apontamentos. Primeiramente, é consenso doutrinário e jurisprudencial a vedação das provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro, sendo consideradas como tal aquelas obtidas em desacordo às normas constitucionais ou, mesmo, às

¹⁵³ TARUFFO, Michele. *Op. cit.* p. 135.

normais legais, segundo a redação do art. 157, caput, do CPP, o que tornou irrelevante e desnecessária antiga discussão sobre as provas ilícitas e ilegítimas.

Por força da Lei 11.690, ambas são inadmitidas no processo penal. Sem embargo da observância da *mens legislatoris* incorporada na recente reforma, é imperioso reconhecer a utilização das provas ilícitas em benefício do réu, tendo em vista que prevalece o status de inocência, a dignidade da pessoa humana e o status de liberdade, em detrimento de uma possível condenação. Sem maiores complicações, a doutrina e a jurisprudência comungam desse mesmo posicionamento, que, por sinal, é o mais adequado, segundo os princípios norteadores de um sistema processual penal que se diga democrático e de direito.

Yuri Azevedo¹⁵⁴ aborda que as provas ilícitas, além de serem inadmitidas pelo ordenamento jurídico, também podem comprometer outras provas (aparentemente obtidas legalmente) a ela ligadas. Esse instituto se chama “prova ilícita por derivação”, o designado “efeito à distância” e sua origem advém do direito norte-americano, que elaborou a teoria dos “frutos da árvore envenenada”, em inglês, *the fruits of the poisonous tree*, em que uma prova “infectada” pode contagiar as demais provas em sua origem, visto que pode ser nativa de uma violação de direitos fundamentais, como é o caso da intimidade, por exemplo.

De qualquer modo, a jurisprudência estadunidense estabeleceu regras que determinam o “nível de contaminação” de determinada prova ilícita, teoria bem recebida no sistema de justiça criminal do Brasil, conforme esclarece Marcos Zilli¹⁵⁵, que critica o modo como alargaram as atenuações e modificaram totalmente a teoria inicialmente criada pela jurisprudência norte-americana, de modo que o STJ “aceita as teorias da fonte independente e da descoberta inevitável como exceções à perpetuação da ilicitude”¹⁵⁶. Yuri Azevedo também alerta para as consequências do uso da prova ilícita e daquelas que tenham dela derivado, de modo que elas devem ser destruídas dos autos.

No âmbito do Direito processual penal português, Manuel da Costa Andrade¹⁵⁷ esclarece que as proibições de prova estão atualmente consagradas pela lei (vide art. 126.º do Código de Processo Penal), sendo uma das construções basilares da dogmática do processo penal. Ele ressalta que a maioria das proibições envolvem os métodos de obtenção de prova,

¹⁵⁴ *Op. cit.* p. 96.

¹⁵⁵ ZILLI, Marcos et al. **Proibições probatórias no processo penal.** p. 107.

¹⁵⁶ AZEVEDO, Yuri. *Op. cit.* p. 98.

¹⁵⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal.** p. 12.

como é o caso das gravações e outras formas de reprodução técnica e escutas telefônicas, por exemplo.

O autor também elogia o direito positivo português, por regulamentar expressamente o rol de proibições de prova e destaca o artigo 32.º, n.º 8, da Constituição da República que explicitou o regime e o conceito das proibições de prova: “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

CAPÍTULO IV

Este capítulo tratará especificamente da Legislação a respeito da interceptação telefônica tanto no Brasil quanto em Portugal, tendo em vista as contradições da temática e como a questão foi e é abordada na atualidade.

4 LEGISLAÇÕES E ENTENDIMENTOS SOBRE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Tanto no Direito português como no Direito brasileiro, pressuposto indispensável para a realização da interceptação telefônica é a existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal punida com pena de reclusão (não se admite a interceptação para crimes punidos somente com detenção). O direito português exige, ainda, nos termos do artigo 187.º, n.º1 do CPP, como requisitos que emanam do carácter absolutamente excepcional deste meio de obtenção de prova, que a mesma seja aceita apenas quando se mostre que esta é “indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter”.

4.1 Sigilo das comunicações e interceptação telefônica no Direito brasileiro

Conforme aborda Eduardo Luiz Santos Cabette¹⁵⁸, antes da Constituição Federal de 1988, o tema das interceptações telefônicas não era abordado com a devida importância (geralmente abrangido pela garantia de inviolabilidade das correspondências), tendo em vista que não se exigia um diploma específico.

De acordo com Vicente Greco Filho¹⁵⁹, antes da CF/88, era assegurado o sigilo das telecomunicações sem qualquer exceção ou ressalva. Mas a contradição se deu pelo art. 57 da Lei n.º 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações), quando ainda em vigor, tendo em vista que tal artigo trazia a previsão de que não constituía violação de telecomunicações o conhecimento disponibilizado mediante requisição ou intimação de juiz competente, sendo que essa disposição não era constitucional.

¹⁵⁸ CABETTE, Eduardo Luiz Santos – **Interceptação telefônica**. p. 15.

¹⁵⁹ GRECO FILHO, Vicente – **Interceptação telefônica: Considerações sobre a Lei n. 9.296/96**. p. 19.

Não devemos deixar de citar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos já aborda o direito à intimidade e à correspondência, utilizando a terminologia “vida privada”. Greco Filho explana também sobre o direito à intimidade na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que estabeleceu o Pacto de San José da Costa Rica, a que o Brasil somente aderiu em 1992¹⁶⁰.

A Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece que deve haver respeito aos direitos e às liberdades dos indivíduos. O artigo 11 aborda que “ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família em seu domicílio ou em suas correspondências, nem ofensas ilegais à sua honra ou reputação”.

O tema das interceptações telefônicas abrange fatores que devem ser devidamente contextualizados para entendimento apropriado, tendo em vista que sua aplicabilidade visa balancear as garantias fundamentais e a eficácia do processo penal.

Como citado, esse balanceamento começou a ser percebido após a recepção do art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n.º 4.117/62), que na época já compreendia as garantias como relativas, por já prever que o juiz competente poderia requisitar e intimar para o levantamento do sigilo das telecomunicações, por mais que não houvesse previsão na Constituição vigente na época.

Atualmente, essa reserva legal está expressa na Constituição Federal de 1988, e contemplada, especificamente, na Lei n.º 9.296/96, que foi criada com o intuito de preencher as lacunas evidentes no art. 5º, XII, da CF/88, e regulamentar a matéria.

Como já foi abordado, é a Lei n. 9.296/96 que disciplina a interceptação das comunicações telefônicas para atividade probatória em investigação criminal e em instrução processual penal. Antes da CF de 1988, já era assegurado o sigilo das telecomunicações, mas sem qualquer restrição ou ressalva, pois no art. 153 havia o seguinte texto:

“Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

¹⁶⁰ *Idem.* p. 13.

Parágrafo 9º É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas”.

Simultaneamente, o art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117/62) vigorava com o seguinte disposto:

“Art. 57. Não constitui violação de telecomunicação:

[...]

II – o conhecimento dado:

[...]

e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste”.

Assim, tal texto abria um precedente para questionamento e contradizia a Carta Magna vigente até então. A requisição ou intimação judicial não se encontrava abarcada no texto constitucional, pois não havia qualquer ressalva ao sigilo das telecomunicações.

Ou seja, o tema do sigilo apenas começou a aparecer com a Constituição de 1969, no art. 153, que citava “inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas”. Assim, havia a proibição específica referente à quebra do sigilo das comunicações, sem qualquer exceção.

Já na Constituição de 1988, pretendendo sobrepujar a controvérsia incitada no Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT - Lei n.º 4.117/62), ao assegurar o sigilo das comunicações, foi estabelecida a seguinte ressalva:

“Art. 5º

[...]

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;”

Desse modo, o artigo 5º da Constituição incluiu a hipótese do levantamento do segredo das comunicações por ordem judicial, mas outro debate surgiu, referente à recepção ou não do art. 57 do CBT, ou se haveria ou não a obrigação de criação de norma específica. Por fim, o STF decidiu, não sem polêmicas, que a interceptação necessitaria de norma específica regulamentadora para ocorrer, que é a Lei n. 9.296/96.

É necessário que façamos a distinção da interceptação e da gravação unilateral, que sempre aparece nos textos doutrinários.

“A *interceptação*, em sentido estrito, é realizada por alguém sem autorização de qualquer dos interlocutores para a escuta e eventual gravação de sua conversa, e com desconhecimento deles.

[...]

A *gravação unilateral* feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro, chamada por alguns de gravação clandestina ou ambiental [...], não é interceptação nem está disciplinada pela lei comentada e, também, inexistente tipo penal que a incrimine”¹⁶¹.

Eduardo Luiz Santos Cabette¹⁶² cita o conceito estabelecido por Luiz Flávio Gomes da palavra “interceptação”, que significa “captação de comunicação”, ter contato com determinado conteúdo comunicado.

Cabette critica a Lei n.º 9.296/96, por entender que ela aborda apenas as interceptações telefônicas, mas sem desenvolver sobre as diversas situações que implicam as gravações de comunicações e conversas, necessárias para a apuração de fatos geralmente graves, como é o caso das “gravações clandestinas” ou das “gravações ambientais”.

“ As gravações clandestinas são aquelas em que, numa comunicação telefônica, um dos interlocutores e não um terceiro, produz a gravação da conversa, sem conhecimento do outro comunicador. Já as gravações ambientais são aquelas realizadas por um dos comunicadores ou mesmo por um terceiro com o

¹⁶¹ GRECO FILHO, Vicente – *Op. cit.* p. 22.

¹⁶² CABETTE, Eduardo Luiz Santos - *Interceptação telefônica*. p. 31.

consentimento deste, num local, num espaço físico, onde presentes os participantes em diálogo pessoal, também não ciente a outra parte da gravação”¹⁶³.

Além das gravações clandestinas e ambientais, a Lei n.º 9.296/96 também omite as chamadas “escutas clandestinas ou telefônicas”, caso em que um dos comunicadores, sem a autorização do outro, permite a gravação das conversas telefônicas por terceiros. Essa atividade ocorre bastante em apurações de casos de extorsão e também de extorsão mediante sequestro¹⁶⁴.

Assim, a legislação deve abarcar todos os casos de interceptação e de previsão e análise de casos específicos quando a lei for omissa. Além disso, os direitos e princípios não podem estar fora do debate, principalmente quando se versar sobre a admissibilidade de gravações “clandestinas” e ambientais como provas no caso de agentes públicos que tiverem condutas ilícitas durante o exercício de suas funções (tema que também não é citado na Lei n.º 9.296/96).

“Por seu turno a disciplina referente às gravações clandestinas (captação da comunicação telefônica por um dos comunicadores sem o consentimento do outro) e das gravações ambientais (captação da conversa entre presentes em um determinado espaço físico sem consentimento da outra parte) tem sua previsão constitucional não no art. 5º, XII, mas dizem respeito, dentre os direitos individuais, à tutela da intimidade e da vida privada. Portanto a proteção constitucional em casos tais é aquela prevista no art. 5º, X, da CF, onde se prevê inclusive ‘o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação’”¹⁶⁵.

Esta interpretação pode ser confirmada pela legislação ordinária, mas devemos ressaltar que, infelizmente, a lei n.º 9.296/1996 não regulamentou as gravações clandestinas nem as ambientais.

Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini¹⁶⁶ também abordam que a Lei n.º 9.296/96 não abrange as gravações telefônicas que captam comunicação feita por um dos comunicadores

¹⁶³ *Idem.* p. 32.

¹⁶⁴ CABETTE, Eduardo Luiz Santos – *Op. cit.* p. 33.

¹⁶⁵ *Idem.* p. 34.

¹⁶⁶ GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl – **Interceptação telefônica.** p. 105.

sem o consentimento do outro, ou seja, no Brasil não há lei que admita esse tipo de interceptação.

Assim, podemos afirmar que tanto a gravação de conversa telefônica própria como a de conversação entre presentes são consideradas clandestinas e violam o art. 5º, inciso X, da CF, que assegura o direito à privacidade e intimidade.

Para Greco Filho¹⁶⁷, a interceptação, em sentido estrito, é realizada por alguém sem nenhuma autorização dos interlocutores para tanto a escuta quanto a gravação de conversas, agindo com total desconhecimento dos envolvidos.

Mas, devemos diferenciar a interceptação da gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro, a chamada gravação clandestina ou ambiental, que não está disciplinada na lei, conforme já ressaltado acima, de modo que inexistente tipo penal que a incrimine, conforme doutrina Vicente Greco Filho.

Greco Filho também ressalta que quando a obtenção for ilícita, não terá validade como prova, considerando-se a regra constitucional de que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos (neste caso, a violação da privacidade/intimidade). O autor ainda faz uma comparação: “A problemática da gravação unilateralmente realizada insere-se no mesmo contexto da fotografia ou videogravação oculta, da escuta a distância etc. e nada tem a ver com interceptação telefônica”¹⁶⁸. De qualquer modo, devemos esclarecer que tanto no caso da gravação clandestina quanto no caso da gravação consentida, não existe regulamentação.

Eduardo Luiz Santos Cabette¹⁶⁹ esclarece que a proteção da lei das leis é relativa à esfera privada individual intrínseca do sujeito, que não pode ter estranhos se intrometendo na sua privacidade e nem divulgando informações íntimas e familiares de determinado indivíduo.

Podem até questionar o motivo da não aceitação das gravações clandestinas e a ambientais como provas legais, mas no âmbito processual a violação da esfera privada do indivíduo, sem qualquer autorização judicial ou sequer regulamentação para isso, é justificativa suficiente.

¹⁶⁷ *Op. cit.* p. 22.

¹⁶⁸ *Idem.* p. 23.

¹⁶⁹ *Op. cit.* p. 35

Cabette¹⁷⁰ cita que Tucci expõe que toda essa violação dos segredos atenta, seguramente, contra o direito do indivíduo à privacidade das várias espécies comunicacionais, bem como de informações que lhe são exclusivas e por sua aspiração, irreprodutível.

Há também outras gravações altamente condenáveis e citadas por Cabette, como as que envolvem cenas fotográficas e cinematográficas de momentos íntimos e com indivíduos do círculo particular do envolvido, captações desleais, com emprego até mesmo de microfones escondidos e registros em aparelhos eletrônicos e tecnológicos de conversas íntimas.

O art. 3º da Lei n.º 9.296/1996 atenta contra o sistema acusatório, pois a previsão legal de que o juiz determina de ofício a realização da interceptação telefônica demonstra uma postura claramente pertencente ao modelo inquisitorial, que aponta o enfraquecimento de um processo no qual o único sujeito que deveria ser imparcial atua na produção deliberada de prova contra aquele que por ele será julgado.

4.2 Interceptação telefônica em Portugal

De acordo com Ana Raquel Conceição¹⁷¹, a escuta telefónica é um meio de obtenção de prova cujo regime jurídico se encontra consagrado nos artigos 187.º e 188.º do Código de Processo Penal (CPP). A lei processual penal define a escuta como a “intercepção e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas”. É este o conceito transmitido pelo legislador.

Mas tal conceito pode variar de acordo com a descrição dos tipos de ilícito, mas geralmente há apenas o emprego da fraseologia “intrrometer no conteúdo de telecomunicação ou dele tomar conhecimento”.

Conceição nos alerta para a diferença entre os conceitos de *intrrometer* e *interceptar*: “Intrrometer significa meter-se de permeio, ou seja, tomar parte de algo que não lhe diz respeito ou não lhe está destinado. Já interceptar significa interromper o curso ou apoderar-se do que vai dirigido a outrem”¹⁷².

¹⁷⁰ *Op. cit.* p. 36.

¹⁷¹ CONCEIÇÃO, Ana Raquel – **Escutas telefónicas: regime processual penal**. p. 16.

¹⁷² *Idem.* p. 17.

No entanto, qualquer interceptação pressupõe uma intromissão, mas o contrário não se configura dessa maneira, tendo em vista que, para alguém se apoderar de algo que vai dirigido a outrem, tem de tomar parte desse algo, mas para tomar parte não é preciso se apoderar dele.

Ana Raquel Conceição enfatiza que, para que possamos falar em escuta telefónica, é sempre necessária a utilização de técnicas de captação, audição e registro, mecanismos destinados a tornar perceptível a palavra falada, o que proporciona o acesso ao conteúdo.

É necessário esclarecermos, todavia, que a interceptação não se limita apenas à audição, como sugere o termo “escuta telefónica”, uma vez que incorpora a aquisição do conteúdo dessa mesma conversa, com o propósito, por exemplo, de identificar os seus participantes. Assim, só falamos em “interceptação” quando o autor não é também interlocutor.

Assim como no Brasil, em Portugal as escutas telefónicas só são legítimas quando a interceptação e gravação são realizadas com ordem ou autorização do juiz¹⁷³. No caso de Portugal, sempre um juiz de instrução criminal, uma vez que estas apenas podem ocorrer na fase de inquérito e a requerimento do Ministério Público. Caso um terceiro, particular, faça uma gravação, ele estará violando as telecomunicações, pois somente as autoridades públicas possuem esse direito, com requisitos impostos pela lei para admissibilidade de determinada escuta como meio de prova.

“Não podem, portanto, invocar a necessidade investigatória para obter provas através de uma escuta telefónica ilegal pois, se é ilegal, é abusiva e, sendo abusiva, é nula nos termos do n.º 8 do artigo 32.º, da C.R.P., não sendo admissível a produção e valoração dos meios de prova por ela obtidos”¹⁷⁴.

Portanto, assim como a legislação brasileira, a legislação portuguesa não inclui a “gravação clandestina ou ambiental”, que não entra no conceito da chamada “escuta telefónica” ou “intercepção”.

Por fim, Ana Raquel Conceição chega ao seguinte conceito de escuta telefónica por meio da análise dos artigos 187.º e 188.º do CPP:

¹⁷³ Cf. Art. 268.º CPP.

¹⁷⁴ *Idem.* p. 21.

“[...] um meio de obtenção de prova, utilizado no decurso de um processo penal, com o fim de recolher provas da prática de crimes de especial gravidade, limitativo dos direitos fundamentais dos cidadãos e como tal objeto de prévia autorização ou ordem do Juiz de Instrução Criminal. Autorização ou ordem devidamente fundamentada que estabelece quem, o quê, durante quanto tempo e em que circunstâncias os órgãos de polícia criminal vão interceptar as conversas ou comunicações telefónicas efectuadas entre duas pessoas”¹⁷⁵.

Além do conceito de escuta telefônica, a autora analisa os conceitos de comunicação telefônica, pela constante evolução tecnológica existente, o que faz com que até mesmo a internet esteja inclusa, afora os aparelhos fixos e móveis de telefone, de modo que o que importa é a conversa ou comunicação interceptada e gravada, por meio de aparelho técnico que permita a transmissão e a recepção da palavra falada, não sendo soberanas as formas tecnologicamente possíveis de transmissão.

Maria de Fátima Mata-Mouros¹⁷⁶, na obra “Sob escuta”, traz reflexões a respeito da problemática das escutas telefônicas em Portugal, mais especificamente a respeito das funções do juiz de instrução criminal.

De acordo com a autora, as leis vigentes podem aceitar soluções extremadas e no limite inteiramente inadmissíveis, mas em geral não as impõem, sendo que o ideal seria leis equilibradas e que fossem realmente aplicadas, ainda mais quando temos normas com poder de infligir sanções.

A finalidade ideal do processo penal está na revelação da verdade e na consumação da justiça, que nem sempre será alcançada, conquanto esteja sempre objetivada nos processos confiados aos tribunais, o que configura limitação àqueles que pretendem se empenhar a um processo judicial.

Desse modo, Mata-Mouros¹⁷⁷ afirma que “Nem sempre é possível descobrir a verdade. Nem sempre é possível alcançar a justiça”, o que soa controverso quando a autora coloca como primeira função da justiça criminal a descoberta da verdade, mas ela se refere ao que os juristas têm como “verdade material”.

¹⁷⁵ *Idem.* p. 24.

¹⁷⁶ MATA-MOUROS, Maria de Fátima – **Sob escuta**. p. 12.

¹⁷⁷ *Op. cit.* p. 13.

É importante ressaltar que a atividade processual envolve a apuração de fatos obedecendo a regras estabelecidas em lei substantivas ou processuais, não havendo, portanto, apuramento da verdade a qualquer custo, tendo em vista que esta atividade se subordina a princípios, como o da presunção da inocência, do *in dubio pro reo* ou da igualdade das partes, entre outros, essenciais para estabelecerem o percurso e os limites do conhecimento judicial.

Conforme explica Mata-Mouros, a verdade material almejada pelos tribunais é uma verdade relativa, tendo em vista que as provas ambicionam uma reconstituição dos fatos, mas por intermédio de pessoas, quer sejam partes no processo, testemunhas ou peritos. Desse modo, como já esclarecido no capítulo anterior, as provas devem ser genuínas, sem nenhum tipo de corrupção, para que a verdade material esteja ao alcance da justiça.

Questões acerca do controle judicial que as interceptações telefônicas devem merecer da parte do juiz são escassas. As limitações para a adoção das escutas devem ser melhor estabelecidas, não somente a adequação do tempo que os investigadores de polícia levam para remeter ao tribunal as gravações telefônicas captadas e gravadas.

Quando analisamos a lei processual penal, que reserva apenas dois módicos artigos a este Instituto, ninguém suspeitará da dimensão do papel que o legislador reservou ao juiz de instrução nesta matéria.

Antes de abordarmos o papel do juiz na realização das escutas telefônicas, faz-se necessário esclarecermos como ocorre a instrução criminal que a constitui uma etapa intermediária do processo, que fica entre o inquérito ~~policial~~ e o julgamento.

A fase de instrução tem como finalidade submeter a controle judicial a decisão tomada pelo Ministério Público no fim do inquérito. Isto é, pretende-se sujeitar à apreciação de um juiz a opção tomada pelo Ministério Público de deduzir acusação contra uma ou mais pessoas pela prática de determinados fatos que qualifica como crime, ou, pelo contrário, a sua opção de arquivar o processo por falta de verificação de indícios suficientes para acusar.

Na estrutura do processo penal tanto brasileiro quanto português, é eficaz a divisão funcional entre Ministério Público, Polícia e Tribunal. A separação entre os órgãos que praticam as investigações (polícia sob a direção do ministério público), e a entidade que decide, evita o perigo de formulação de decisão errônea.

A atividade do juiz de instrução é focada na função de ajuizar se os fins visados pela investigação, de acordo com o estágio alcançado, justificam, ou não, que se imolem

determinados direitos ou garantias consagradas na Constituição, e que vão desde a liberdade e a privacidade até aos interesses da perseguição criminal.

O papel do juiz de instrução não é comandar a investigação, como muitos ainda erroneamente podem pensar. Não é por iniciativa própria que o juiz determina uma interceptação telefônica, mas são os investigadores policiais que propõem ao procurador do Ministério Público a realização das escutas telefônicas que, a seus olhos, se revelam necessárias ao prosseguimento da investigação¹⁷⁸.

Na prática, atualmente é muito difícil encontrar um despacho judicial que indefira um pedido de interceptação telefônica, mesmo assim o juiz é alvo de críticas, principalmente pelo excesso de utilização desse meio de prova que deveria ser extraordinário.

A problemática que sobressai a essa questão acaba sendo muito mais complexa do que poderia parecer em primeira análise, pois a prova cuja aquisição provoca intromissão no domínio dos direitos, das liberdades e das garantias fundamentais das pessoas será, geralmente, a mais complicada e difícil de produzir e de obter, mas com importância decisiva para a conclusão do processo, tendo em vista que os crimes não são cometidos às vistas de todos, mas de modo secreto.

“Não é o legislador que aplica a lei. Ele limita-se a criá-la. Altera-a, quando assim o entende, e revoga-a se for caso disso. São os tribunais que a aplicam.

É por isso que não faz sentido atribuir culpas ao legislador por uma má aplicação da lei. Pelo menos quando falamos de matérias com dignidade constitucional. Fazê-lo será ignorar o poder de recusar a aplicação da própria lei, quando esta fere a Constituição. E os juízes dispõem desse poder!”¹⁷⁹

Mesmo quando a lei é alterada, sempre haverá aspectos a serem regulados. No caso das interceptações telefônicas, a legislação também merece aperfeiçoamento. Como exemplo, Mata-Mouros afirma que na Alemanha, a lei processual penal apenas admite interceptação telefônica pelo prazo máximo de três meses, com prorrogação por igual período. Na Espanha ocorre a mesma estipulação; na França, o prazo é de quatro meses, já em Portugal isso não

¹⁷⁸ *Op. cit.* p. 21.

¹⁷⁹ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. *Op. cit.* p. 22.

ocorre. Essa omissão de estipulação legal de prazos é um aspecto a ser debatido e aprimorado na legislação¹⁸⁰.

Mata-Mouros não deixa de abordar as constantes anulações de provas adquiridas por escutas telefônicas. A autora explica que:

“[...] a proliferação de decisões de anulação de prova adquirida por escutas telefônicas, ditados pelos nossos tribunais, não se conjuga forçosamente com a implementação de uma prática de maior rigor no recurso às mesmas. Não tem havido a pedagogia correta. Pelo contrário, é o extremar da incompreensão recíproca entre as razões policiais e as judiciais que tende a instalar-se, com a frustração das primeiras a ganhar adeptos em número crescente, à medida que decresce a credibilidade da justiça administrativa pelos tribunais”¹⁸¹.

Assim, há diversas decisões de anulação de prova adquirida por interceptações telefônicas decretadas frequentemente e muito tempo perdido com discussões dessa matéria, o que revela, com efeito, que muitas vezes as escutas telefônicas são anuladas por argumentos que, mesmo invocados em nome dos direitos fundamentais das pessoas, acabam se traduzindo em denúncia do não cumprimento de meras razões de forma, até mesmo pela falta de conhecimento dos meios técnicos que envolvem uma interceptação telefônica.

De acordo com Mata-Mouros¹⁸², a discussão que tem sido mais recorrente nos tribunais portugueses envolve a questão do prazo que a autoridade policial tem para trazer ao juiz as gravações das escutas telefônicas. A jurisprudência tem auxiliado a alterar a forma como a matéria é tratada, sublinhando como essencial sujeitar as interceptações telefônicas a um rigoroso controle judicial.

O não acompanhamento do sistema de interceptações telefônicas, que engloba as condições de segurança e acesso às informações que o compõe, compromete a validade da prova adquirida por meio de escutas telefônicas.

O acesso permanente às gravações viabilizaria a audição das conversas interceptadas até mesmo em tempo real, pois, na realidade, as escutas ficam à disposição apenas das autoridades policiais, de modo que os investigadores demoram a remeter as escutas aos juízes

¹⁸⁰ *Idem.* p. 23.

¹⁸¹ *Op. cit.* p. 27.

¹⁸² *Idem.* p. 28.

e ocorrem irregularidades, como cópias dos alvos interceptados, que provocam nulidades processuais¹⁸³.

¹⁸³ *Idem.* p. 29.

CAPÍTULO V

Neste capítulo, apresentaremos os conceitos de cadeia de custódia nos processos judiciais e o controle epistemológico da prova, além das consequências envolvidas na quebra da cadeia de custódia nas interceptações telefônicas, bem como o que a jurisprudência tem decidido em relação à matéria.

5 CADEIA DE CUSTÓDIA COMO CONTROLE EPISTEMOLÓGICO DA PROVA

Um dos direitos fundamentais do acusado é o de ter ciência de sua acusação e acesso às fontes de prova, de modo a manter o “equilíbrio processual”. Este tema insere-se dentro do instituto da teoria das provas, a cadeia de custódia, que é conceituada por Alberi Espindula¹⁸⁴ como: “[...] sequência 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”. Ou seja, a cadeia de custódia é um dispositivo que busca assegurar a integridade dos elementos probatórios, além de evitar a inclusão de prova ilícita.

A falta de acesso às provas pode levar ao “encobrimento definitivo de ilegalidades praticadas ao longo da investigação criminal”, como bem pontua Geraldo Prado¹⁸⁵. O acesso tanto do juiz quanto da defesa e da acusação viabiliza o devido processo legal e impede prejuízos que possam atrapalhar o processo penal, de modo que essa cadeia de custódia precisa ser obedecida “desde a notícia do crime até o fim do processo”.

Quando citamos a falta de acesso, estamos colocando em causa a impossibilidade de se determinar com precisão a integridade e a autenticidade de determinada prova que foi alterada sem o conhecimento das partes, por exemplo. Atualmente vêm ocorrendo casos de ações baseadas, principalmente, em interceptações telefônicas, em que o advogado do réu, ao requerer acesso à integralidade das interceptações feitas, descobre que, apesar de ter direito a livre acesso aos autos, parte das provas obtidas por meio de interceptação foi extraviada, ainda na delegacia, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi totalmente disponibilizado,

¹⁸⁴ ESPINDULA, Alberi – **Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia**. p. 165.

¹⁸⁵ PRADO, Geraldo – **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. p. 67.

conforme captado, o que acaba causando descontinuidade nas conversas e na sua ordem, com omissão de alguns áudios, caso que prejudica a rastreabilidade da prova, a ampla defesa, o contraditório e o direito à prova lícita.

Mas, antes de entrarmos no assunto da cadeia de custódia propriamente dita, é importante retomarmos algumas questões relativas à epistemologia jurídica, tendo em vista que em todo o processo penal a verdade e a prova são colocadas em destaque, apesar de que os conceitos de *realidade* e *verdade*, epistemologicamente, são diversos. Assim, o juiz, apesar de preparado intelectualmente e experiente pelos anos de prática, pode não ter acesso à realidade.

Ao abordar esta temática, Manuel Monteiro Guedes Valente¹⁸⁶ ressalta que a prova real não significa verdade real, de modo que a prova é cercada de dogmática científico-jurídica e a verdade real não existe em um processo por conter dimensões diferentes, pautadas essencialmente no convencimento e entendimento da prova. Assim, só existe o que se convencionou-se chamar de verdade processual.

Geraldo Prado analisa que “o juízo sobre os fatos não opera na dimensão da realidade, mas sobre uma controvérsia acerca do passado que, por estar espacial e fisicamente inacessível, coloca o problema da *verdade das proposições* a seu respeito”. Assim, o autor entende que durante um processo criminal a dimensão da realidade nem sempre está presente, de modo que o juiz pauta sua decisão a respeito de um fato que pode ou não ter acontecido. Questão polêmica, mas que é necessária para compreendermos a importância da cadeia de custódia das provas penais e do sistema de controles epistêmicos que garantam o devido processo legal.

Os métodos “ocultos” de prova que subsidiam acusações não podem ser vulgarizados, como é o caso das interceptações telefônicas. Por isso, é imperativo o controle epistêmico¹⁸⁷, e que a lei estabeleça, de forma restritiva este recurso, de forma a garantir o cumprimento das reservas constitucionais.

O controle epistêmico visa assegurar a fiabilidade da prova e assegurar a fidedignidade de elementos probatórios específicos, como documentos e objetos usados para

¹⁸⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Cadeia de custódia da prova**. p. 19.

¹⁸⁷ PRADO, Geraldo – **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. p. 43.

o convencimento do juiz, relevante para que a atividade probatória seja de qualidade e atue retirando a provável dúvida da existência de autoria em um crime.

5.1 Da cadeia de custódia no processo penal

Geraldo Prado diagnostica que tanto no modelo inquisitorial quanto no acusatório, a busca da verdade constitui a finalidade maior dos processos penais, de qualquer modo, ele destaca que a oposição dicotômica entre os “tipos epistemológicos” relacionados a finalidades processuais distintas (processo acusatório e inquisitório), todavia, espelham nas estruturas concebidas normativamente no campo de funcionamento das instituições: “As diferentes estruturas observadas na dicotomia acusatório-inquisitório têm na prova penal, e sua relação com a ‘verdade’ a mesma origem ontogenética”¹⁸⁸.

Em todo o contexto de busca da verdade e de legitimidade da persecução penal, a forma como são produzidos e organizados os dispositivos probatórios se traduzem em um processo penal que valoriza a importância que a prova penal possui na verificação da notícia de crime.

Desse modo, a prova penal é um dos principais elementos que, de acordo com a recepção obtida, institui o tipo de processo penal que deve prevalecer em determinada sociedade. Pautando a busca da verdade e legitimando o processo penal, a prova atua como uma aliança entre os fatos e o direito.

O sistema de provas admitido colabora para o convencimento do juiz, de modo que sua convicção estará expressa na sentença e nas decisões tomadas em todo o processo. Desse modo, o estudo do devido processo legal é essencial para a consolidação das normas constitucionais e para que se mantenha o respeito aos direitos e às garantias fundamentais, elementos que devem ser cada vez mais fortificados tendo em vista ideologias de matriz inquisitória que não pode prevalecer na atual conjuntura.

Assim, há uma estrita relação entre o devido processo legal e a cadeia de custódia das provas, conforme ressalta Yuri Azevedo¹⁸⁹, haja vista o direito à prova no processo penal

¹⁸⁸ *Idem.* p. 20.

¹⁸⁹ *Op. cit.* p. 106.

advindo da cláusula que celebra o devido processo legal, que é o inciso LIV, do art. 5º da Constituição brasileira.

Geraldo Prado¹⁹⁰ esclarece que no direito norte-americano há mais referências doutrinárias a respeito da cadeia de custódia, mais experiência em práticas processuais que garantem a proibição da prova ilícita, além de que “constitui obrigação da acusação estabelecer a cadeia de custódia de provas, identificando-se os elos entre as diversas atividades que compõem o procedimento probatório para aferir o valor probatório da informação obtida”.

De acordo com aquele professor¹⁹¹, um dos pontos mais sutis quando se trata de fontes de prova compreende a preservação da idoneidade de um trabalho de cunho sigiloso, em ambiente reservado e que não pode ser desrespeitado para não comprometer a totalidade de informações obtidas. Tudo isto para evitar o fenômeno conhecido como “quebra da cadeia de custódia” (*break on the chain of custody*).

Assim, o conceito da cadeia de custódia engloba a integridade de informações utilizadas posteriormente como prova, por todas as partes do processo e demais envolvidos, de modo que a preservação da cadeia de custódia alcança todo o sistema penal.

5.2 A legitimidade da persecução penal e práticas probatórias

O fato de a presunção de inocência ser o princípio que rege o processo penal traz algumas consequências, como a de embasar a imposição e a aplicação da pena em um dispositivo probatório.

Quando abordamos a cadeia de custódia, não podemos deixar de ressaltar a presunção de inocência, pois ela rege todo o processo penal, além disso, o acesso à justiça engloba um processo penal eficaz.

Luigi Ferrajoli¹⁹² declara a importância do “controle empírico” como critério para o processo penal no Estado de Direito. Assim, as questões probatórias possuem um tratamento

¹⁹⁰ *Op. cit.* p. 81.

¹⁹¹ *Idem.* p. 77.

¹⁹² FERRAJOLI, Luigi – *Derecho y razón*. p. 37.

complexo e delicado, tendo em vista o quadro de transformações de “formas autoritárias para expressões do processo penal conformadas ao estado de direito”¹⁹³.

A atividade probatória já tem o seu caráter sensível e complexo reconhecido pelo adestramento do poder punitivo a favor do Estado de Direito, considerando-se que o passado inquisitorial brasileiro fundava o processo na “busca da verdade real” como fundamento para a admissão de quaisquer práticas probatórias capazes de assegurar o convencimento do juiz quanto à culpabilidade do suspeito e/ou acusado, e, destarte, a matéria da prova estava desprovida de maior complexidade¹⁹⁴.

O CPP brasileiro de 1941 continha normas simples, de modo que havia a presunção de que o processo era o suficiente para a descoberta da verdade, assim a lei não tinha a função de regular as atividades probatórias e definir o papel das partes na formação da certeza judicial. Para Geraldo Prado, foi nesse contexto que “articularam-se as relações entre ação penal e prova e entre o direito penal material e processual”¹⁹⁵.

Nessa conjuntura, a estrutura do sistema penal brasileiro é sustentada na tese criminológica de que cada crime corresponde a uma punição como consequência jurídica e, mesmo sem existir um dispositivo com obrigatoriedade da ação penal pública, o sistema do CPP está fundado neste princípio, pois o art. 28 do Código de Processo Penal dispõe que o Ministério Público é obrigado a fundamentar, caso decida arquivar a investigação criminal. Ao juiz cabe fiscalizar o ato de arquivamento e, em caso de razões insuficientes, o juiz pode recusar e encaminhar os autos à Procuradoria-Geral¹⁹⁶. Em Portugal, esta é uma norma constitucional.

Atualmente, o sistema do CPP pretende acabar com a possibilidade de o Ministério Público desistir de ação penal proposta, mas Geraldo Prado argumenta que somente seria eficaz se também pudesse contemplar a produção da prova como obrigatória, pois, sob a perspectiva que prevaleceu na origem do CPP brasileiro, em 1941, o caráter compulsório da ação penal pública, a impossibilidade de desistência de seu exercício e até mesmo a previsão de que o juiz pode condenar o acusado ainda que o Ministério Público tenha opinado pela

¹⁹³ PRADO, Geraldo – *Op. cit.* p. 21.

¹⁹⁴ *Idem.*

¹⁹⁵ *Idem.*

¹⁹⁶ PRADO, Geraldo – *Op. cit.* p. 22.

absolvição ao fim do processo estariam frustrados se, por exemplo, o acusador oficial abrisse mão das provas”¹⁹⁷.

O fato é que por muito tempo uma concepção de processo penal concernente ao modelo autoritário dominou a realidade brasileira e o esquema ideológico sobre o qual está protegida resiste – ainda que por aparelhos – quer no âmbito normativo, quer na esfera da jurisprudência.

Geraldo Prado citou o discurso do jurista orgânico das ditaduras brasileiras, Francisco Campos, que ao tratar sobre o tema da prova penal destacou o protagonismo judicial, asseverando que “o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas” e que “sua intervenção na atividade processual é permitida para dirigir o curso da ação penal e dar a decisão final, mas também para organizar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade”¹⁹⁸, em apologia ao pensamento autoritário que não levava em conta a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*.

O contexto em que estava inserido o processo penal no Brasil na década de 1940 era o do estado autoritário, inspirado nas concepções schmittianas¹⁹⁹. O autoritarismo, porém, “expressava-se pela superioridade do coletivo sobre o individual, mas o “coletivo” não equivalia à sociedade civil e sim ao Estado”²⁰⁰. A punição, por parte do Estado, tinha a função de preservar a unidade da sociedade com base em dedução pela razão do aparelho estatal, prevalecendo a superioridade do Estado sobre a sociedade civil.

Yuri Azevedo assevera que a origem do instituto do devido processo legal remonta ao direto anglo-saxão, que estabelece função limitativa ao poder estatal frente aos particulares e a noção de Estado de Direito. Daniel E. Hall²⁰¹ aduz que o modelo do devido processo legal funciona de forma antagônica ao modelo de controle da criminalidade, na medida em que torna essa última uma atividade burocrática e de certo modo engessada, ainda mais porque o modelo do devido processo legal é focado na integridade de direitos individuais, não nos direitos da comunidade em se ver livre da criminalidade.

Desse modo, Hall considera que neste modelo há um embate entre as liberdades civis e a repressão ao crime, devendo a repressão ceder às liberdades civis, pois não se trata apenas

¹⁹⁷ *Idem.* p. 23.

¹⁹⁸ Item VII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, de 08 de setembro de 1941, publicada no Diário Oficial da União em 13 de outubro de 1941.

¹⁹⁹ SCHIMITT, Carl – **Teologia política**. p. 7.

²⁰⁰ PRADO, Geraldo – *Op. cit.* p. 25.

²⁰¹ HALL, Daniel E. – **Criminal Law and Procedure**. p. 316.

de investigar a culpa do acusado de um crime, mas, principalmente, de buscar a culpa legal com respeito aos seus direitos. É exatamente sobre isso que se trata o devido processo legal, em que não se leva em conta “apenas o aspecto procedimental e formal, mas também um aspecto material de racionalidade valorativa”²⁰².

No processo penal alemão, o poder era concentrado nas mãos do juiz, sendo que o dever judicial de esclarecer determinado fato atuava com uma posição totalmente inquisitiva no juízo oral²⁰³.

Neste âmbito, a punição estava ligada à exigência de cumprimento de normas que expressavam a razão pública (razão de Estado) sobre temas imbricados à preservação da unidade da própria sociedade conforme deduzida pela pura razão, buscando sempre a homogeneidade de um povo²⁰⁴. A exposição de motivos do Código de Processo Penal brasileiro trazia abertamente esta escolha, compatível com a escolha política autoritária decorrente do Estado Novo.

Prado argumenta que foi sem dar importância para a presunção de inocência e apenas voltado à punição de autores de crimes que o marco de referências disponível no processo penal brasileiro se configurou, nos anos 1940²⁰⁵. Assim, houve uma concretização de práticas punitivas, que se sobrepunham ao que chamavam de “direitos individuais dos delinquentes”²⁰⁶. Em Portugal, bem como no Brasil, esse modelo também se perpetuou, mas com as constituições mais democráticas essa postura incriminadora foi perdendo lugar, ainda mais quando surgiu a ciência da prova, que inclui a criminologia crítica, que investiga as relações causais do crime e busca comprovar e não somente punir²⁰⁷.

Após densas mudanças de abordagem das teorias jurídicas no Brasil, com a Constituição de 1988, ainda é comum notar o amparo de poderes instrutórios do juiz, que funcionariam como dispositivo hábil a preencher as lacunas proporcionadas por uma deficiente atuação instrutória das partes no que se refere aos instrumentos probatórios.

Na Espanha, a presunção de inocência foi considerada princípio reitor, e dele decorre a proibição da prova ilícita, de modo que a jurisprudência também entende que a presunção de

²⁰² AZEVEDO, Yuri – Op. cit. p. 104.

²⁰³ PRADO, Geraldo – **Op. cit.** p. 27.

²⁰⁴ *Idem.* p. 28.

²⁰⁵ *Idem.* p. 29.

²⁰⁶ *Idem.* p. 31.

²⁰⁷ ALBRECHT, Peter-Alexis – **Criminologia: uma fundamentação para o direito penal.** p. 73.

inocência demanda que a prova respeite todas as garantias processuais²⁰⁸. Em Portugal, o assunto está dentro do campo das nulidades e no regime jurídico brasileiro integra a inadmissibilidade jurídica, de modo que ambas estão dentro da categoria da invalidade de atos processuais.

A tendência dos regimes jurídicos é de não se contentarem com o regime das nulidades, como o exercido em Portugal, tendo em vista que o campo das proibições de prova são marcadas pelo valor superior do princípio da dignidade da pessoa humana²⁰⁹.

João Conde Correia²¹⁰ argumenta que a utilização de prova nula, inválida, proibida, é um vício que pode aniquilar os direitos individuais, por isso exigem resposta exemplar, ainda mais quando pensamos em provas obtidas por meio de tortura, coacção, ofensa à integridade física, além daquelas só possíveis por meio das novas tecnologias.

5.3 A preservação das fontes de prova e a fiabilidade da prova

Como já foi abordado neste trabalho, o tema das provas é complexo, tendo em vista as atividades probatórias que envolvem, certamente, o respeito à Constituição Federal, mas também facetas jurídicas e epistemológicas, conforme discorreremos no capítulo 3 desta dissertação.

Desse modo, Geraldo Prado²¹¹ argumenta que há uma falta de exatidão quanto ao modo que “interrogar sobre a fiabilidade de uma prova não é o mesmo que indagar acerca de seu ‘peso’, isto é, de seu valor para a formação do convencimento do juiz”. Assim, a cadeia de custódia “nada mais é que um dispositivo dirigido a assegurar a fiabilidade do elemento probatório, ao colocá-lo sob proteção de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória”. Assim, há a quebra da cadeia de custódia quando se embaraça a constatação da idoneidade e da fiabilidade da prova advinda do material em relação ao qual se rompeu a rastreabilidade.

²⁰⁸

²⁰⁹ PRADO, Geraldo – *Op. cit.* p. 90.

²¹⁰ CORREIA, João Conde – **Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais.** p. 109.

²¹¹ *Op. cit.* p. 87.

Qualquer que seja a avaliação de determinada prova, independentemente do fim, busca corroborar uma hipótese e está consubstanciada no chamado “juízo de valor” de acordo com o convencimento alcançado pelo juiz após examinar um específico elemento probatório.

Assim, é necessário compreendermos a noção de integridade da prova penal, tendo em vista que ela poderá ou não corroborar determinado fato. Antes mesmo de se analisar e avaliar qualquer prova, ocorre a fiabilidade da prova, que consiste em controlar a entrada da prova no processo.

Todo elemento probatório poderá ser objeto de avaliação, pois as provas obtidas ilicitamente são proibidas. Assim, existe o que se pode chamar de “controle de qualidade” da prova, “no que concerne aos parâmetros de obtenção, produção e manutenção do elemento probatório”²¹².

Geraldo Prado assevera que “a bibliografia especializada demonstra que descuidos e erros na obtenção e preservação de elementos probatórios são não somente comuns, mas em geral afetam a qualidade epistêmica do material avaliado”²¹³. A preservação das fontes de prova sem comprometer o conjunto das informações obtidas, para se evitar a quebra da cadeia de custódia, mostra-se um desafio.

Citando a autora Pilar Ladrón Tabuena, Yuri Azevedo²¹⁴ aborda a distinção de grau sobre a quebra da cadeia de custódia, de modo que mínimas irregularidades (como um registro documental mal feito), seria uma falha que não afetaria a fiabilidade da prova, por poder ser sanada por outros meios de prova que atestem ter sido a cadeia de custódia preservada em sua essência.

5.4 Os procedimentos probatórios

A defesa tem o direito de conhecer a integralidade dos elementos citados e apresentados pela acusação, para rastrear a legalidade da atividade persecutória, pois de outra maneira não haveria como identificar provas ilícitas²¹⁵.

²¹² *Idem.* p. 89.

²¹³ *Op. cit.* p. 84.

²¹⁴ *Op. cit.* p. 111.

²¹⁵ PRADO, Geraldo – *Op. cit.* p. 41.

Apenas com o conhecimento da totalidade das provas colhidas durante a investigação é que a defesa será capaz de avaliar a conformidade do Ministério Público no que se refere à infração supostamente praticada, com o intuito de indicar os excessos que podem ser cometidos e até mesmo acusações sem base, além de preparar contraprovas²¹⁶.

A defesa deve possuir o direito de refutar qualquer dispositivo probatório que não esteja em consonância com o devido processo legal, em que a punição do acusado somente ocorra após verificação do caso e sem haver dúvida razoável.

Para que haja determinado equilíbrio na disciplina probatória, é fundamental que haja uma atuação da defesa, somente assim teremos um processo penal regido pela presunção da inocência. Além disso, é fundamental para o devido processo penal um rigoroso sistema de controles epistêmicos. Um eficiente sistema de controles epistêmicos é indispensável, tendo em vista que vulgarizou-se o apelo, no âmbito da investigação, aos métodos ocultos de prova (como é o caso das interceptação das comunicações e afastamentos de sigilos)²¹⁷.

Somente com esse sistema de controles epistêmicos é que o processo penal ocorrerá como um de obtenção da verdade, servindo para a definição de limites éticos, políticos e jurídicos.

Com as novas regras dos artigos 155, 157, 395, 396 e 397, do Código de Processo Penal brasileiro, a competência do juiz é a de controlar a correção dos requisitos de verificabilidade dos fatos e assegurar a paridade de armas, para que o processo penal obedeça às normas previstas²¹⁸.

No Código de Processo Penal português, o art.º 127º impõe que as provas sejam apreciadas de acordo com as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente, que se assemelha às antigas fórmulas probatórias. O controle da atividade probatória é essencial para manter a estrutura do sistema penal renovada, controle este que deve ser exercido pelo juiz, que tem um importante papel na etapa da admissão de provas.

A etapa da admissibilidade da acusação que antes estava prevista para alguns poucos procedimentos tornou-se obrigatória para todos, a teor do disposto no parágrafo 4.º do art. 394 (que aborda como ocorre a instrução criminal) do Código de Processo Penal (CPP). Cabe

²¹⁶ *Idem. Ibidem.*

²¹⁷ PRADO, Geraldo. *Op. cit.* p. 43.

²¹⁸ *Idem.* p. 44.

esclarecer que essa etapa se encerra com a admissão ou rejeição da denúncia ou ainda com a absolvição do acusado.

Já o modelo inquisitório, ao contrário, é organizado em duas etapas, que compreendem a investigação e o julgamento, de modo que a primeira delas está funcionalmente orientada ao recolhimento do mais amplo conjunto de informações que estarão disponíveis para a acusação. Por isso, com frequência é na etapa da investigação que se encontram as providências de contenção de a toda sorte de intervenção do suspeito que possa criar obstáculos ao recolhimento das informações.

Essa primeira fase da notícia de crime é focada na hipótese acusatória, mas é necessário que consideremos que essa fase preliminar da investigação criminal é parcial. A reformulação do procedimento penal, para adequá-lo à estrutura acusatória introduz um primeiro momento, efetivamente no âmbito do processo, que permite que o controle da legalidade da persecução penal seja exercido sob ponto de vista completo, pois que nesta fase incidem de forma global todas as garantias, não mais limitadas por necessidades conjunturais da investigação.

É necessário abordarmos que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) fixou alguns elementos, inspirado em uma matriz processual consentânea com o modelo acusatório, estrutura básica para a realização de um processo equitativo, e esta estrutura pressupõe:

- “a) o direito ao juiz ordinário preordenado por lei, independente e imparcial, em um processo com as garantias;
- b) da publicidade;
- c) da presunção de inocência;
- d) conhecimento da acusação, com a ciência de meios e fontes de prova existentes;
- e) a tutela contra a autoincriminação compulsória;
- f) o direito à paridade de armas;
- g) à audiência;
- h) à prova e à inquirição de testemunhas;

i) e a conhecer as razões do tribunal e ao processo em prazo razoável”²¹⁹.

Assim, um devido processo legal envolve todos os aspectos acima mencionados. E, o mais importante para que não ocorra a quebra da cadeia de custódia é que a defesa conheça as fontes de prova, “porque a experiência histórica que precede a expansão da estrutura trifásica de procedimento penal, adequada ao modelo acusatório, contabiliza a supressão de elementos informativos como estratégia das agências de repressão que fundam as suas investigações em práticas ilícitas”²²⁰.

No direito norte-americano existe a técnica processual *Discovery*, que segue o conceito de passividade e neutralidade do juiz no que concerne à busca das provas, atividade dialética desenvolvida exclusivamente pelas partes²²¹. A *Discovery* é um mecanismo que torna possível o exercício do direito à prova pela defesa, pois ela foi concebida para que a parte contrária tivesse acesso às fontes de provas de que a outra parte se valeu. O remédio para as provas ilícitas é o rastreio das provas, que somente pode ser feito quando a defesa possui acesso indiscriminado a elas.

Assim, o processo acusatório de origem anglo-americana apresenta um desequilíbrio entre as partes do processo, de modo que a acusação acaba dispondo de mais recursos do que a defesa para a preparação do litígio. Atualmente:

“A etapa da admissibilidade da acusação está concebida para, estrutural e funcionalmente, impedir essas distorções inquisitórias e para isso é essencial que o juiz, no lugar de perseverar na ‘cultura das corporações’, de matriz inquisitorial, que para além das mais elementares objeções epistemológicas, acredita em uma magistratura ‘depositária da função da busca da verdade’, assuma a função de fiscal da legalidade das práticas investigatórias, dos elementos informativos e da própria fiabilidade da acusação, que não pode ser leviana ou temerária”²²².

²¹⁹ PRADO, Geraldo. *Op. cit.* p. 47.

²²⁰ *Idem.* p. 48.

²²¹ PRADO, Geraldo. *Op. cit.* p. 73.

²²² *Op. cit.* p. 75.

Conforme explica Prado, existem dispositivos para o controle da legalidade da investigação. Assim, deve haver o controle judicial referente à legalidade da persecução penal, importante para o *fair trial* e a legitimação das decisões penais.

É na etapa preliminar que as partes contam com o repertório de meios de *Discovery*, para examinar e adquirir todos os meios de prova destinados a produzir-se em debate, tornando o julgamento eficaz instrumento de definição da verdade e de atribuição de responsabilidade penal, se for o caso²²³.

O professor italiano Ferrajoli²²⁴ assevera que a polícia mescla duas espécies de violência: a que restaura e a que conserva o direito, e essa violência empregada pela polícia tem como mira os direitos fundamentais dos indivíduos, razão pela qual o controle dessa força é indispensável e é premente a sua ilegitimidade.

Assim, o chamado *fair trial*, no processo penal acusatório específico do *common law*, vem se desenvolvendo, mesmo com algumas dificuldades identificadas e que podem ser compensadas por meio de “obrigações processuais” limitadoras da intervenção penal.

De acordo com Geraldo Prado, são duas as categorias jurídicas: aquelas atinentes ao comportamento processual das partes e do juiz, por um lado e, de outro, as de controle da legalidade das provas. Ambos os grupos de institutos jurídicos, no entanto, foram idealizados e têm por objetivo assegurar, pela via do “devido processo legal”, o equilíbrio entre as partes, tomando como fim último a produção de uma decisão justa.

5.5 Os riscos da quebra de cadeia de custódia nas interceptações telefônicas

O art. 4º da Lei n.º 9.296/96 brasileira, estabelece que “o pedido de interceptação de comunicação telefônica contera a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados”, mas no Brasil, tornou-se uma prática comum solicitarem aos juízes a autorização para a interceptação antes mesmo de iniciar as investigações.

Do mesmo modo, o n.º 1 do artigo 187.º do Código de Processo Penal português exige que tanto a interceptação quanto a gravação de conversações ou comunicações telefônicas

²²³ *Op. cit.* p. 53.

²²⁴ *Op. cit.* p. 764.

só podem ser autorizadas durante o inquérito, desde que haja razões para crer que a diligência é indispensável para a busca da verdade processual ou que a prova seria, de outra forma, muito difícil de conseguir, por despacho fundamentado do juiz de instrução e mediante requerimento do Ministério Público.

O Acórdão da Relação do Porto de 1 de junho de 2016 dispõe que as escutas telefónicas são um meio de obtenção de prova, mas as conversações recolhidas por meio delas constituem meios de prova. Desse modo, após a transcrição e inserção no processo, passam a constituir prova documental submetida ao princípio da livre apreciação da prova.

Como já foi exposto, a cadeia de custódia visa garantir a idoneidade de determinada prova obtida, buscando evitar questionamentos a respeito de sua fonte, o modo como foi angariada, o local por onde transitou etc., de modo que a “quebra” da cadeia de custódia significa justamente quando ocorre o contrário disso.

A preservação da integridade das provas é essencial para que não se comprometa todo o processo penal, evitando-se a quebra da cadeia de custódia, pois caso ela seja comprovada, todas as provas derivadas deverão ser inutilizadas do processo, por tratar-se de ilicitude de prova, cabendo ao juiz reconhecê-la e decretar nulidade.

No capítulo IV já enunciamos que a entidade competente para autorizar e/ou ordenar a realização de escutas telefônicas é o juiz, mas além disso, o juiz tem a obrigatoriedade de controlar o funcionamento das interceptações telefônicas, para que não ocorra a limitação de direitos fundamentais.

O que ocorre é que há grande volume e intensidade de processos com interceptações telefônicas realizadas, o que compromete o controle judicial e o acompanhamento efetivo de diligências das provas com as escutas telefônicas, o que pode gerar nulidade das provas obtidas, até mesmo pelas dificuldades que se apresentarem de cunho técnico ou tecnológico.

Seja qual for o motivo, quando a forma integral das provas não é disponibilizada para a defesa, há a ruptura da cadeia de custódia da prova, por não ter passado pela avaliação do contraditório.

Qualquer interrupção, mesmo que consentida na cadeia de custódia, haverá o enfraquecimento ou destruição da prova. Por esse motivo, ele acredita que o melhor modo é que a cadeia de custódia seja formada pelo menor número de custodiados possíveis. Afina,

quanto menor o número de pessoas que tiverem acesso aos elementos probatórios, menos eles serão manipulados. E ao final, menos correrá o risco da quebra da cadeia de custódia²²⁵.

Nas provas que se enquadram como verdadeira evidência, tais como o DNA ou as interceptações telefônicas, a inquietação sobre a quebra da cadeia de custódia é ainda maior, pois se utilizam como meios para obtenção da incessável “busca pela verdade”, pois, muitas vezes os juízes constroem a maior parte de seus convencimentos em cima delas, como se elas bastassem por si próprias.

Por meio do art. 187.º do Código de Processo Penal português é estabelecido o regime jurídico das escutas telefônicas. O art. 188.º estabelece os cuidados que devem ser tomados para a preservação das comunicações que são objeto de intervenção, além da obrigação de entregar ao Ministério Público, de 15 em 15 dias, o material extraído, para que este reporte ao juiz, em 48 horas. Apenas preservando todas as gravações é possível assegurar à defesa, oportunamente, o conhecimento das escutas telefônicas e a garantia de seu direito constitucional.

O rastreamento das fontes de prova será uma tarefa impossível se parcela dos elementos probatórios colhidos de forma encadeada vier a ser destruída. Sem esse rastreamento, a identificação do vínculo eventualmente existente entre uma prova aparentemente lícita e outra, anterior, ilícita, de que a primeira é derivada, dificilmente será revelado.

Estes suportes estão para o processo como estão o corpo de delito, documentos e objetos: conjunto de vestígios cuja preservação e exame são indispensáveis para a constatação dos fatos juridicamente relevantes.

Por fim, constatando a invalidação da cadeia de custódia, a prova será eliminada do processo, tornando-se ilícita, porquanto é justamente a cadeia de custódia que irá garantir que a prova passou pelos trâmites do contraditório e da ampla defesa, não desvalorizando nenhuma garantia processual, para que se torne possível a paridade de armas no processo. Desta feita, a não preservação dos meios de prova gera o descrédito da prova, podendo levar à nulidade de todo o processo.

Geraldo Prado²²⁶ ressalta que no direito brasileiro quase não há referências doutrinárias à cadeia de custódia, designação pela qual é conhecido o dispositivo que pretende

²²⁵ PRADO, Geraldo – *Op. cit.* p. 53.

assegurar a integridade dos elementos probatórios, apesar do seu significado em termos de redução de complexidade da garantia constitucional contra a prova ilícita.

Maria Alice dos Santos Severo²²⁷ analisa os riscos que derivam da quebra da cadeia de custódia da prova penal, em especial, na operação Ouro Verde, deflagrada em março de 2007 pela Polícia Federal, na qual foi verificada violação no material coletado após sua apreensão, no artigo intitulado “Quebra da cadeia de custódia na operação ouro verde: a preservação das fontes de prova penal e sua confiabilidade”.

A atual mestra em Ciências Criminais, trouxe dados em sua pesquisa de graduação que comprovam que após a apreensão do material coletado houve manipulação indevida, de modo que a influenciar uma decisão injusta. Concluindo que diante da manifesta quebra da cadeia de custódia no caso em apreço, tal elemento tornou-se inconfiável, não possuindo nenhum valor probatório para o processo.

5.6 Jurisprudência sobre a quebra da cadeia de custódia

A teoria da quebra da cadeia de custódia da prova é geralmente alegada quando não é disponibilizado para defesa o franqueamento da integralidade da gravação ou dos áudios de uma interceptação telefônica.

Geraldo Prado²²⁸ aborda a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre interceptações telefônicas em comunicação em Seminário do IBCCRIM em 2004, que posteriormente é publicada em formato de livro, tal a importância da temática abordada. O autor salienta que o Supremo não está imune a críticas e que pode, sim, errar. Há decisões autoritárias que são tomadas e executadas, limitando o exercício de direitos, liberdades e garantias fundamentais, de modo que “As decisões jurídicas não são politicamente neutras”²²⁹. O autor ressalta que:

²²⁶ *Op. cit.* p. 80.

²²⁷ SEVERO, Maria Alice dos Santos - **Quebra da cadeia de custódia na operação Ouro Verde: a preservação das fontes de prova penal e sua confiabilidade**. p. 1.

²²⁸ PRADO, Geraldo – **Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. p. 7

²²⁹ *Idem.* p. 10.

“Parte-se do princípio de que a(s) única(s) política(s) válida(s) no campo da restrição e/ou suspensão do exercício de direitos, liberdades e garantias fundamentais está(ão) previamente ditada(s) pela Constituição da República, ainda quando a própria Constituição reclame a reserva de lei para regular a aplicação dos mecanismos de limitação a direitos. Em suma, o Poder Judiciário faz política ao aplicar o direito, todavia por força de suas funções estipuladas na própria Constituição da República e em consideração ao que legitima o exercício desse Poder, a política do Poder Judiciário nada mais é do que a política da própria Constituição, expressa na defesa intransigente dos direitos fundamentais e dos princípios republicanos e democráticos”²³⁰.

Assim, analisa uma decisão em que as margens foram ultrapassadas, proferida pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Ordinário em *habeas corpus* n.º 13.274-RS, tendo como relator o ministro Nilson Gipp, impugnando acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, de acordo com a ementa, falava em nulidade pelo prazo de duração da interceptação telefônica²³¹.

A 5ª Turma negou provimento ao recurso, por unanimidade, alegando que a interceptação telefônica deveria perdurar pelo tempo necessário à completa investigação dos fatos delituosos. Assim, Geraldo Prado levantou uma questão que vale a pena ser mencionada, de que não está justificada a continuidade de interceptações, demonstrada a necessidade, independente de prazo, mesmo que o juiz tenha conhecimento do que está sendo investigado, conforme art. 5º da Lei n.º 9.296/1996²³², regra de interceptações telefônicas.

A revogação constante revela que o caráter excepcional das interceptações telefônicas virou regra, de modo que o Estado passou a ingressar frequentemente na esfera da intimidade das pessoas. Assim, como bem ressalta Prado:

“Afirmar a prevalência da perspectiva constitucional significa dizer que todas as regras referentes à interceptação devem ser interpretadas e aplicadas não apenas em

²³⁰ *Idem.* p. 11.

²³¹ PRADO, Geraldo – **Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. p. 12.

²³² O art. 5º dispõe que “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”.

conformidade com a Constituição da República, mas, principalmente, com a metódica constitucional própria dos direitos fundamentais”²³³.

A tese da quebra da cadeia de custódia foi acolhida por unanimidade no julgamento do HC 160.662-RJ²³⁴, pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que declarou a ilicitude da prova com base na fundamentação dos votos da Ministra Assusete Magalhães, relatora do *habeas corpus*, e do Ministro Rogério Schietti.

Cada vez mais devemos questionar o modo arbitrário devotado por algumas autoridades quanto à preservação da cadeia de custódia das provas, particularmente em relação ao produto das intervenções. Tal decisão unânime significou importante avanço no âmbito do direito brasileiro orientado ao objetivo de conferir concretude às garantias constitucionais em áreas sensíveis até bem pouco tempo intocadas por doutrina e jurisprudência

No *habeas corpus* n.º 160.662 - RJ (2010/0015360-8), resta estabelecido que a conservação das provas é obrigação do Estado, de modo que a perda de parte de uma prova impede o completo exercício da ampla defesa. Com base nesta tese foi que a decisão da 6ª Turma do STJ se pautou para anular provas produzidas em interceptações telefônicas e *e-mails* que foram apagadas pela Polícia Federal.

Para contextualizar, as provas foram produzidas na operação batizada de “Negócio da China”, deflagrada em 2008, para averiguar suspeitas de contrabando, sonegação de impostos e lavagem de dinheiro pelo Grupo Casa & Vídeo.

Com a análise do pedido de *habeas corpus*, em que a defesa fundamentou adequadamente, alegando falta de acesso dos investigados às provas, devido ao desaparecimento do material obtido por meio da interceptação telemática e de parte dos áudios telefônicos interceptados, que foram apagados pela PF sem conhecimento dos advogados ou do Ministério Público, de modo que o Judiciário não exerceu controle ou fiscalização sobre essas interceptações²³⁵.

²³³ *Op. cit.* p. 21.

²³⁴ *Habeas Corpus* n.º 160.662 - RJ (2010/0015360-8).

²³⁵ CONJUR – **PF deleta provas de ação penal e STJ anula interceptações**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-fev-25/pf-deleta-provas-acao-penal-stj-anula-grampos-telefone-mail>. Acesso em: 21 nov. 2019.

Além disso, a defesa alegou que as interceptações violaram o direito à intimidade e à privacidade dos pacientes, dentre outras inobservâncias, por inutilizarem provas, eliminando dados, o que só foi possível ter conhecimento após pedidos à Justiça pela integralidade do material colhido.

De acordo com o *habeas corpus*, consta que a autoridade policial justificou que parte do conteúdo de interceptação telefônica ocorrida pela colaboração da empresa Embratel, havia sido perdida porque formataram o computador utilizado.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Habeas Corpus citado acima, trouxe as seguintes determinações:

“Sustentam os impetrantes, assim, que o desaparecimento de parte da prova, resultante da quebra de sigilo telemático, torna-a imprestável, considerando-se a impossibilidade de a defesa, após a denúncia, confrontá-la, mediante o acesso integral do material, em violação ao princípio da comunhão da prova, inviabilizando, assim, o exercício do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

O princípio do devido processo legal, consagrado no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, assegura a observância de ritos e formas previstos para os atos processuais, impondo, assim, limites à atividade instrutória, somente reputando válida a prova produzida em conformidade com as normas previamente estabelecidas.

[...]

Também é certo que a prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível, por tal razão, a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova”²³⁶.

O Exmo. Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz citou a quebra da cadeia antes de proferir a decisão final, utilizando as lições de Geraldo Prado:

²³⁶ SUPERIOR Tribunal de Justiça – **Habeas Corpus n.º 160.662 - RJ (2010/0015360-8)**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25268505/embargos-de-declaracao-no-habeas-corpus-edcl-no-hc-160662-rj-2010-0015360-8-stj/inteiro-teor-25268506?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 nov. 2019.

“O fato aqui, Sr. Presidente e demais Colegas, é que houve, na expressão cunhada pelo Prof. Geraldo Prado, uma **quebra na cadeia de guarda dessa prova**. O Estado tinha o dever de **conservar à inteireza da prova essencial**, pelo que parece, para a descoberta dos fatos. Não estou dizendo que a prova foi a única produzida, mas foi uma prova importante. Quem vai dizer, quanto a sua extensão ou a sua importância, é o próprio juízo de origem. Mas o fato é que, neste caso, a polícia se houve, no mínimo, com imprudência ou com indesculpável amadorismo, pondo a perder, talvez, o resultado de uma investigação longa, do Ministério Público e da própria Polícia, de que resultou a instauração de um processo, inicialmente, por três modalidades delitivas e que atualmente concentra-se apenas no crime de quadrilha ou bando. E tal fato, creio, mereceria até uma correspondente apuração” (grifos nossos)²³⁷.

Em seguida, o Ministro proferiu o seu voto, fundamentando com base no art. 9º da Lei n.º 9.296/96:

“A prova colhida não se houve com violação a um direito material das partes ou, no caso, da defesa e, sim, com violação a norma de direito processual, qual seja, a regra do art. 9º da Lei n. 9.296/96, que condiciona a **destruição do material não utilizado**, como prova decorrente da interceptação telefônica, a um requerimento da parte, apreciado por decisão motivada do juiz, sendo a defesa intimada para que, se desejar, se faça presente no incidente de destruição dessa prova.

Assim, houve violação a uma regra de natureza procedimental e, portanto, entendo que **tal prova, quanto a esse aspecto, é ilegítima**, porque afronta norma de direito processual, ou procedimental.

Com essas considerações, Sr. Presidente, **também concedo a ordem de ofício para considerar nula a prova decorrente da interceptação telefônica**, referida nos autos, devolvendo à autoridade judiciária competente o exame da verificação da extensão de exclusão da prova”²³⁸ (grifos nossos).

A decisão da 6ª Turma do STJ remete a uma das questões mais infaustas no âmbito do processo penal, relacionada à preservação da fiabilidade de todos os atos dentro da cadeia

²³⁷ ADVOCACIA PENAL – HC 160.662 - STJ. Disponível em: <http://advocaciapenal.blogspot.com/2014/05/hc-160662-stj.html>. Acesso em: 18 nov. 2019.

²³⁸ *Idem*.

de custódia da prova, que inclui o registro documentado de toda a cronologia da posse, movimentação, localização e armazenamento do material probatório.

Não podemos nos esquecer das lições do professor Prado de que o rastreamento das fontes de prova é uma empreitada impossível se parte dos elementos probatórios obtidos de forma concatenada vier a ser destruída. Sem esse rastreamento, a identificação do vínculo eventualmente existente entre uma prova aparentemente lícita e outra, anterior, ilícita, de que a primeira é derivada, dificilmente será revelado:

“Os suportes técnicos, pois, têm uma importância para o processo penal que transcende a simples condição de ferramentas de apoio à polícia para execução de ordens judiciais.

Estes suportes estão para o processo como estão o corpo de delito, documentos e objetos: conjunto de vestígios cuja preservação e exame são indispensáveis para a constatação dos fatos juridicamente relevantes”²³⁹.

Devemos compreender que a prova colhida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo vital para o andamento do processo a preservação da sua integralidade, pois quando isso não ocorre, o exercício da ampla defesa fica comprometido devido à perda da unidade da prova.

O art. 9º da Lei n.º 9.296/96 traz o seguinte disposto: “A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada”. Assim, o material dirigido à autoridade judiciária obtido por meio de interceptação telefônica, pode ser selecionado e ter o que não for interessante à prova descartado, mas na presença de acusação e defesa.

Não pode ocorrer o que se verificou na jurisprudência acima, em que a autoridade subtraiu, do juízo e das partes, o exame da pertinência das provas colhidas. Esse caso abriu precedente para algumas decisões do STF, tendo em vista que o direito à prova é corolário dos princípios do contraditório e da ampla defesa, de modo que a irresponsabilidade em relação à guarda da prova é lesiva aos princípios constitucionais.

²³⁹ PRADO, Geraldo – *Op. cit.* p. 79.

A 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, nos autos da ação penal n.º 5062286-04.2015.4.04-7000 proposta pelo Ministério Público Federal enfrentou o tema da quebra da cadeia de custódia recentemente, na chamada “Operação Fidúcia”²⁴⁰, em que os acusados trouxeram à baila a manipulação por parte da Polícia Federal para ocultar que um dos acusados (Conselheiro do TCE/PR) estava sendo interceptado sem autorização judicial.

Para isso, conforme consta no *habeas corpus*, as conversas teriam partido do telefone celular do Conselheiro do TCE/PR, mas foram registradas como interceptadas do celular de sua esposa, também acusada. A defesa afirmou ter contratado empresa de auditoria para análise dessas interceptações telefônicas.

A defesa também argumentou que esse fato ilegal justificou a ausência de milhares de ligações, o que comprometeu a integralidade das informações, assim, solicitaram a nulidade das interceptações telefônicas e telemáticas por ilicitude/inadmissibilidade, haja vista a comprovada ausência de integridade e confiabilidade.

A defesa solicitou perícia para comprovar a interceptação ilegal, mas o pedido foi indeferido. Visando questionar a validade e a integridade da prova advinda das interceptações telefônicas realizadas, apresentou a defesa perícia particular nos eventos 177.3 e 543.2, em que nas mídias relativas a interceptações telefônicas fornecidas pela autoridade policial foi constatada a falta de 3.795 áudios, e 23.711 áudios estariam sem identificação dos ramais telefônicos. Tal suposta constatação tem fundamentado o pedido de perícia judicial da Defesa, sobre a mídia e sistema GUARDIÃO.

Assim, a Polícia Federal foi chamada a prestar esclarecimentos.

“Essencialmente, esclarece a PF que os dados relativos a chamadas telefônicas e a conversações dos interlocutores são armazenados de forma computadorizada e automatizada no sistema GUARDIÃO, e são, sem manipulação ou supressão indevida de arquivos, exportados pelo operador policial para mídia própria, geralmente de DVD. Que a depender dos métodos de cada operadora de telefonia existe a duplicação, ou triplicação, ou quadruplicação de uma mesma chamada telefônica, em que o sistema então multiplica a gravação em arquivos do mesmo áudio. Que uma das justificativas plausíveis para a duplicação de áudios no sistema é a hipótese de os dois interlocutores estarem interceptados na mesma operação. Que

²⁴⁰ Tribunal Regional Federal da 4ª Região TRF-4 - HABEAS CORPUS: HC 5040993-21.2018.4.04.0000 5040993-21.2018.4.04.0000. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/643786642/habeas-corpus-hc-50409932120184040000-5040993-2120184040000?ref=amp>. Acesso em: 19 nov. 2019.

os principais arquivos gerados são os arquivos da extensão .WAV, que contém os áudios ora interceptados ou as conversas das chamadas telefônicas, e os .HTML, que contém os dados identificadores da ligação referente ao arquivo .WAV vinculado, podendo conter também dados mensagens de texto instantâneas, conhecidas por SMS. Que as mensagens SMS não possuem áudio e portanto não há arquivos .WAV vinculados a elas, apenas .HTML. Que a diferença entre arquivos .WAV (áudio) e .HTML (texto) é normal, natural do sistema, considerando além das hipóteses narradas também as relativas a interrupções técnicas (falta de energia elétrica, travamento do sistema, etc.), limitações de canais de gravação e atrasos na implementação por própria falha das operadoras de telefonia (IPL, evento 300). Visando rebater as informações prestadas pela PF a perícia particular da Defesa aduziu que foi apurada discrepância relevante entre os arquivos de texto (.HTML) e de áudio (.WAV) mesmo depois de excluídos os arquivos repetidos (chamadas duplicadas) e os relativos a mensagens SMS”²⁴¹.

Mesmo após fundamentar a falta de áudios e conversas, os argumentos apresentados pela defesa e a assessoria técnica, ainda assim a 13ª Vara Federal de Curitiba considerou que não têm capacidade para afastar a confiabilidade da prova resultante das interceptações telefônicas realizadas, o que nos parece uma decisão autoritária, com resquícios do modelo inquisitório.

Nesta mesma ação penal o tema já foi julgado em instância superior, *habeas corpus* n.º 5062257-31.2017.4.04.0000, e a ordem, por unanimidade, não foi conhecida pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em que se pedia o trancamento da ação penal para perícia nos áudios da PF, com a justificativa de cerceamento da defesa, mas foi considerada sem propósito e rejeitada.

O STF julgou, recentemente, solicitação de medida cautelar, reclamação n.º 32.722, referente à ação penal n.º 718-39.2013.4.01.3601, pertencente à Operação Hybris, ajuizada por Ricardo Cosme Silva dos Santos, contra decisão proferida pelo Juízo da Subseção Judiciária de Cáceres/MT, que teria negado o pedido de acesso à defesa do reclamante em relação ao conteúdo das interceptações telefônicas, “tal como enviadas pela Blackberry em sua originalidade”, o ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, entendeu que existia elementos concretos que colocavam em dúvida a confiabilidade dos dados da interceptação oferecidos pela Polícia Federal.

²⁴¹ CONJUR – AÇÃO PENAL Nº 5062286-04.2015.4.04.7000/PR. 13ª Vara Federal de Curitiba. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-sentenca-copia-cola.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

Tal dúvida estava fundada no fato de que, ao receber os arquivos da empresa Blackberry, a PF teria alterado os cabeçalhos das transcrições das mensagens, acrescentando o nome dos supostos interlocutores.

“Decido.

Nos termos da Súmula Vinculante 14 deste Supremo Tribunal Federal, “*é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório exercício do direito de defesa*”.

Neste caso concreto, a defesa requer “*acesso as interceptações telefônicas constantes na Medida Cautelar n.º. 718-39.2013.4.01.3601 tal como obtidas em sua originalidade*”.

[...]

Na doutrina, afirma-se que “*um dos aspectos mais delicados da aquisição e fontes de prova consiste em preservar a idoneidade de todo o trabalho que tende a ser realizado sigilosamente, em um ambiente de reserva que, se não for respeitado, compromete o conjunto de informações que eventualmente venham a ser obtidas dessa forma*”. (PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 77)

A continuidade deste procedimento demonstra a existência do *periculum in mora*, a ensejar a liminar requerida, visto que posterior deferimento do mérito pode ocasionar a nulidade de eventual sentença proferida.

Ante o exposto, **defiro o pedido de medida liminar para suspender o trâmite processual da Ação Penal, até o julgamento desta Reclamação.**”²⁴²

Assim, para preservar a cadeia de custódia das informações, o ministro resolveu suspender a ação penal até que a corte julgasse a reclamação para então decidir *se a defesa tem direito a ter acesso aos dados originais de uma interceptação*, o que, diante de todas as considerações e toda a doutrina aqui apresentada, parece-nos que é o correto.

A decisão do ministro Gilmar Mendes levou em consideração que a interrupção da cadeia de custódia pode causar inadmissibilidade da evidência, o que poderia interromper,

²⁴² CONJUR – **Gilmar Mendes suspende ação penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-mendes-suspende-acao-penal-pf.pdf>. Acesso em: 14 out. 2019.

enfraquecer ou acabar com o seu valor probatório, independente de boa-fé ou má-fé dos agentes policiais que manusearam o produto da atividade de investigação.

O professor Geraldo Prado adverte que a inviabilidade do exercício de direito de defesa e a falta de fiscalização judicial compromete o caráter de confiabilidade dos demais elementos de prova também. "Assim, a incerteza sobre a fidedignidade das investigações impõe a adoção de medidas para proteção da cadeia de custódia das informações", afirmou Gilmar Mendes.

A dúvida sobre a confiabilidade dos dados foi levantada pelo advogado Artur Barros Freitas Osti durante uma audiência. Após a polícia confirmar que mudou o cabeçalho, o advogado questionou se era possível editar o conteúdo. Nesse ponto, a polícia disse que não era possível, mas que não sabia explicar tecnicamente a razão.

Diante da confirmação de que houve alteração por parte da polícia, o advogado solicitou o acesso às transcrições originais enviadas pela *Blackberry*, o que foi negado. Por isso, ingressou com reclamação no Supremo afirmando que a negativa viola a Súmula 14, que garante ao defensor o acesso amplo aos elementos de prova.

Relator da reclamação, o ministro o ministro Gilmar Mendes reconheceu que há dúvidas sobre a confiabilidade e concedeu liminar para suspender a ação penal até que o mérito da ação seja julgado.

Apesar de ter procedido à suspensão, o ministro Gilmar Mendes não levou em consideração que a lisura do procedimento ficou afetada, já que houve indícios de adulteração das interceptações telefônicas. Assim os elementos de prova não podem ser válidos como fonte ou meio de prova, por terem se tornado provas ilícitas desde o momento em que houve alguma espécie de alteração, o que comprometeu a autenticidade das interceptações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho pretendeu apresentar a importância da cadeia de custódia no processo penal. Assim, vimos que um processo penal regido pela presunção de inocência deve tutelar com muito cuidado a atividade probatória, por meio da adoção de um rigoroso sistema de controles epistêmicos que seja capaz de dominar o decisionismo, que é identificado no texto como a “possibilidade de decisão arbitrária, dependendo unicamente da possibilidade de decidir”.

Constatamos que ainda há, tanto no processo penal brasileiro quanto no português, resquícios e permanências inquisitoriais no que se refere ao “convencimento judicial”, o que compromete um processo judicial equitativo e em consonância com o devido processo legal.

A temática das provas é complexa, tendo em vista as diversas atividades probatórias, mas no capítulo 3 buscamos abordar os principais assuntos dentro da probática, assunto que foi retomado no último capítulo, o que abordou a quebra da cadeia de custódia em interceptações telefônicas, pois o tema da fiabilidade da prova está inegavelmente ligado à questão dos controles epistêmicos.

A preservação da cadeia de custódia é o que baliza a legalidade da prova. Quando ocorre a sua quebra, seja por meio de perda da integralidade da prova, adulteração ou contaminação, independente se houve má-fé ou não por parte quem a manuseou, o exercício do direito da defesa e a própria fiscalização judicial serão inviabilizados, comprometendo até mesmo a confiabilidade de provas derivadas.

No caso das interceptações telefônicas, a supressão de diálogos ou o não acesso da defesa a todos os meios de prova, é motivo suficiente para nulidade do processo, por configurar prova ilícita. Segundo Geraldo Prado, “a possibilidade de os atos nulos serem saneados enfraquece a função normativa de proteção que é da essência do processo penal”²⁴³.

Portanto, verificada a quebra da cadeia de custódia, ocorre a dificuldade do efetivo exercício do contraditório pela parte que não tem acesso à prova na íntegra. Mesmo que o nosso sistema penal não disponha de regra específica sobre a cadeia de custódia das provas e as consequências de sua violação, quando refletimos sobre o contraditório ser condição de

²⁴³ PRADO, Geraldo. *Op. cit.* p. 126.

validade constitucional no processo, entendemos que, se ele for violado, a prova remanescente torna-se ilícita.

Assim, conforme preconiza Geraldo Prado²⁴⁴, a quebra da cadeia de custódia está baseada no art. 157 do CPP, que estabelece a inadmissibilidade de provas ilícitas e de provas derivadas das ilícitas, de modo que quando a prova cuja cadeia de custódia foi violada, o ideal é a anulação de todas as provas e, portanto, do processo.

²⁴⁴ *Op. cit.* p. 128.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Livros

ALBRECHT, Peter-Alexis – **Criminologia: uma fundamentação para o direito penal.**

Trad. de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de – **Comentários do Código de Processo Penal : à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.**

4.^a ed. – Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais.** 5^a ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 39.

AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro – **Processo penal.** 9.^a ed. ver. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

AZEVEDO, Yuri. Parte I – A importância da cadeia de custódia das provas para o devido processo legal. In: AZEVEDO, Yuri; VASCONCELOS, Caroline Regina Oliveira. **Ensaio sobre a cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro.** 1. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

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

CABETTE, Eduardo Luiz Santos – **Interceptação telefônica.** 3. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALHEIROS, Maria Clara – **Para uma teoria da prova.** 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7^a ed., 19^a reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2018.

_____ – **Estudos sobre direitos fundamentais.** São Paulo: RT, 2008.

- CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de; SILVA, Germano Marques da; PRADO, Geraldo; BRANDÃO, Nuno – **Processo penal do Brasil e de Portugal**. Coimbra: Editora Almedina, 2009.
- CONCEIÇÃO, Ana Raquel – **Escutas telefónicas: regime processual penal**. Lisboa: Quid Juris, 2009.
- CORREIA, João Conde – Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais. p. 109.
- DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara – **Exame e levantamento técnico pericial de locais de interesse à justiça criminal: abordagem descritiva e crítica**. Dissertação de mestrado apresentada à USP – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. 252 f.
- ESPINDULA, Alberi – **Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia**. 3. ed. Campinas: Millenium, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi – Derecho y razón: Teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez e otros. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina – Prueba científica. Um mapa de retos. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- GRECO FILHO, Vicente – **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296/96**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- HALL, Daniel E. **Criminal law and procedure**. 6. ed. New York: Delmar Cengage Learning, 2012.
- JARDIM, Afrânio Silva – **Doutrinas Essenciais Processo Penal**. Coordenadores Guilherme de Souza Nucci e Maria Tereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- LEITE, George Salomão; SANTOS, Fábio Bezerra dos – **Curso de Direito Constitucional**. Coordenadores: Eduardo Arruda Alvim, George Salomão Leite e Lenio Streck. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 109.
- MATA-MOUROS, Maria de Fátima – **Sob escuta - Reflexões sobre o problema das escutas telefónicas e as funções do juiz de instrução criminal**. 1. Cascais: Principia, 2003.

- MIRANDA, Jorge – **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Editora Almedina, 2016.
- OMMATI, José Emílio Medauar – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- NOVELINO, Marcelo – **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. ver., ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza – **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. rev., atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.
- PIMENTEL, Fabiano – **Apontamentos de processo penal garantista**. Brasília: Consulex, 2015.
- PRADO, Geraldo – **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- _____ – **Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. 2. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2012.
- _____ – **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- RAMOS, Armando Dias – **A prova digital em processo penal: o correio eletrônico**. 2. ed. Lisboa: Chiado, 2017.
- SANTOS, Eduardo Rodrigues dos – **Curso de Direito Constitucional**. Coordenadores Eduardo Arruda Alvim, George Salomão Leite e Lenio Streck. – 1. ed. – Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- SILVA, Germano Marques da – **Curso de Processo Penal I - noções gerais, elementos do processo penal**. 6. ed. Lisboa: Verbo, 2010.
- _____ – **Direito Processual Penal Português: do procedimento (marcha do processo)**. Vol. 3. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.
- _____ – **Curso de Processo Penal**. Vol. II. 5. ed. rev e atual. Lisboa: Verbo, 2010.
- SILVA, José Afonso da – **Comentário Contextual à constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

SUSANO, Helena – **Escutas telefónicas: exigências e controvérsias do actual regime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

TARUFFO, Michele – **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Escutas telefónicas: da excepcionalidade à vulgaridade**. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

_____ – **Cadeia de custódia da prova**. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; SILVEIRA, Edson Damas da – **Prova Penal - Estado Democrático de Direito**. Lisboa: Rei dos Livros, 2015.

WIGMORE, John - **The problem of proof**, in “Illinois Law Review”, vol. VIII, n. 2, june 1913.

ZILLI, Marcos et al. – **Proibições probatórias no processo penal**. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2013.

2. Legislação

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 25 abr. 2019.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 02 mar. 2019.

Constituição da República Federativa do Brasil: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acessado em: 02 mar. 2019.

Constituição da República Portuguesa: Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>, acessado em: 05 mar. 2019.

Convenção Americana de Direitos Humanos: Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 02 mar. 2019.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem: Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 05 mar. 2019.

3. Jurisprudência

BRASIL – **Habeas Corpus 160.662/RJ (2010/0015360-8)**. Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (rel. Ministra Assusete Magalhães. Impetrante: Fernando Augusto Fernandes e outros. Pacientes: Luis Carlos Bedin e Rebeca Daylac, j. 18.02.2014). *DJe* 17.03.2014.

BRASIL – **Medida Cautelar na Reclamação 32.722**. Mato Grosso. (Relator: Min. Gilmar Mendes. Impetrante: Artur Barros Freitas Osti. Reclamante: Ricardo Cosme Silva dos Santos. Ação Penal n.º 718-39.2013.4.01.3601.

SUPERIOR Tribunal de Justiça – **Habeas Corpus n.º 160.662 - RJ (2010/0015360-8)**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25268505/embargos-de-declaracao-no-habeas-corpus-edcl-no-hc-160662-rj-2010-0015360-8-stj/inteiro-teor-25268506?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 nov. 2019.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região TRF-4 – **Habeas Corpus n.º 5040993-21.2018.4.04.0000**. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/643786642/habeas-corpus-hc-50409932120184040000-5040993-2120184040000?ref=amp>. Acesso em: 19 nov. 2019.

4. Fontes da internet

ADVOCACIA PENAL – **HC 160.662 - STJ**. Disponível em: <http://advocaciapenal.blogspot.com/2014/05/hc-160662-stj.html>. Acesso em: 18 nov. 2019.

CONJUR – **AÇÃO PENAL Nº 5062286-04.2015.4.04.7000/PR.** 13ª Vara Federal de Curitiba. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-sentenca-copia-cola.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____ – **Gilmar Mendes suspende ação penal.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-mendes-suspende-acao-penal-pf.pdf>. Acesso em: 14 out. 2019.

CONJUR – **PF deleta provas de ação penal e STJ anula interceptações.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-fev-25/pf-deleta-provas-acao-penal-stj-anula-grampos-telefone-mail>. Acesso em: 21 nov. 2019.

SEVERO, Maria Alice dos Santos – **Quebra da cadeia de custódia na operação Ouro Verde: a preservação das fontes de prova penal e sua confiabilidade.** Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/maria_severo.pdf. Acesso em: 18 ago. 2019.