

FIABILIDADE PROBATÓRIA E A CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS

Neste capítulo trata-se de definir o que se entende por fiabilidade probatória, distinguir do conceito de provas obtidas por meios ilícitos e explicar os motivos pelos quais ambas as categorias implicam em inadmissibilidade da prova.

A cadeia de custódia das provas penais é o objeto específico do ensaio e aqui é abordada como parte de um sistema de controles epistêmicos conformado às regras e princípios de um processo equitativo e de acordo com o devido processo legal.

São desenvolvidas ideias subjacentes aos princípios da *mesmidade* e da desconfiança, base da noção da “integridade da prova”.

Por fim, atenta-se para as consequências da quebra da cadeia de custódia das provas e é examinado o fenômeno jurídico da “imputação objetiva da ilicitude probatória”.

5.1 Fiabilidade probatória e valoração da prova: distinção necessária e seu enfoque no contexto da investigação criminal

O tema das provas é complexo até porque são inúmeras as atividades probatórias e, se é certo que o fundamento comum é a fidelidade à Constituição da República, não é menos exato que o assunto envolve facetas jurídicas e epistemológicas, cada uma delas com características bastante peculiares.

Por isso as coisas não se revelam tão evidentes. 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.

Jordi Ferrer Beltrán assinala que:

“...el grado de corroboración de una hipótesis deberá determinarse en el momento de la valoración de la prueba, como veremos más adelante, pero debe conformarse durante la práctica de la prueba. Una hipótesis tendrá un nivel de corroboración mayor cuanto mayores sean los controles y desafíos a los que haya sido sometida, habiéndolos superado con éxito (POPPER, 1935: 247-250).”¹

A fiabilidade probatória refere-se ao esquema de ingresso do elemento probatório no procedimento em cujo âmbito, posteriormente, este elemento poderá ser objeto de avaliação e diz muito especificamente com a questão dos controles epistêmicos, compreendidos nesta etapa como “controles de entrada”.

A avaliação da prova, seja para qualquer fim, por sua vez cuida da corroboração de uma hipótese e se consubstancia em um juízo de valor relativamente ao grau de convencimento alcançado pelo juiz a partir do exame de determinado elemento probatório. Lógica e cronologicamente, a questão da avaliação da prova é posterior à da sua fiabilidade.

São coisas diversas, portanto, saber se um determinado elemento probatório está em condições de ser avaliado, ou seja, se o elemento probatório pode ser objeto de avaliação, e em caso de ser “avaliável”, saber que valor o juiz lhe atribui. A primeira atividade é denominada “fiabilidade probatória”.

Marina Gascón Abellán ressalta o ponto, com absoluta precisão, ao tratar dos riscos ocasionados pela confusão, relativamente às provas científicas e em particular às perícias, entre fiabilidade e valor probatório.

Salienta a Professora da Universidade Castilla-La Mancha:

“La admisibilidad es el control de entrada de la prueba en el proceso. Controlar que los informes periciales admitidos al proceso tengan un sólido fundamento científico es de un interés epistémico máximo, pues dicho control aspira a dejar a la pseudociencia fuera del ámbito de las decisiones judiciales. De hecho todos los esquemas de control de validez y fiabilidad (en definitiva, de calidad) de las pruebas científicas comparten ese objetivo. Cómo conseguir esto es lo que marca la diferencia entre ellos.”²

Especialmente as provas científicas tendem à sobrevalorização epistêmica, como sublinha Gascón Abellán. Significa dizer que, muito embora tomem a forma de “elementos probatórios”, os elementos que gozam do *status* de “prova científica” tendem a funcionar como evidências e não como provas. Em outras palavras:

1. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 86.
2. GASCÓN ABELLÁN, Marina. Prueba científica. Un mapa de retos. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 191.

tendem a “valer” pelo que declaram e não pelo que efetivamente comprovam, e por essa razão estão sujeitos ao regime epistêmico das evidências na condição de base de crença e não de formadores de convicção.³

Mais uma vez é Gascón Abellán quem nos alerta para o risco deste tipo de evidência:

“No puede desconocerse la gran capacidad de persuasión e influencia que una prueba científica puede tener sobre la convicción judicial, con lo que si se admite su entrada en el proceso sin ningún control se corre el riesgo de que, al final, la decisión venga determinada por pura y simple *junk science*. Por eso parece más apropiada la opción alternativa, esto es, la que aboga por establecer un estándar objetivo de admisibilidad científica de las pruebas junto al examen de su admisibilidad procesal.”⁴

Para elidir derivas epistêmicas dessa natureza e assegurar a realização do propósito constitucional do “devido processo”, impermeável a provas de origem ilícita, a dogmática processual penal concebe dispositivos e técnicas que cumprem a função de redutores de complexidade: as provas obtidas por meios ilícitos estão proibidas. Em cada caso concreto, no entanto, a maneira de aferir se houve ou não emprego de provas obtidas por meios ilícitos consiste na adoção de técnicas no âmbito de dispositivos idealizados pela doutrina para cumprir a função de *gatekeepers*, como assinala Gascón Abellán. Sem o uso de técnicas adequadas, em um procedimento ajustado a essa função, o preceito constitucional ficaria esvaziado.

Da mesma maneira opera o controle da qualidade da prova no que concerne aos parâmetros de obtenção, produção e manutenção do elemento probatório, ainda que *a priori* obtido licitamente, visando assegurar respaldo epistemológico à decisão judicial que lhe tenha como base.

Ferrer Beltrán sublinhará este aspecto ao alertar para a necessidade de harmonizar institutos jurídicos e epistemológicos concernentes a essa função de filtro.

O Professor da Universidade de Girona alude a que:

“Dado que la finalidad institucional principal de la fase de prueba en el proceso judicial es la averiguación de la verdad, el sistema procesal jurídico,

3. Mais adiante voltarei ao tema da evidência de acordo com as lições de Rui Cunha Martins. Relewa notar, todavia, que não se deve confundir a categoria epistemológica “evidência” com a jurídico-penal *evidence*, do direito anglo-americano. A *evidence* equivale à prova e, segundo o *Black's Law Dictionary* significa “algo (incluindo testemunhos, documentos e objetos tangíveis) que tende a provar ou infirmar a existência de um fato alegado” (tradução livre – Estados Unidos da América: Thomson, 2006, p. 255).

4. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Prueba científica...*, obra citada, p. 192.

como no podía ser de otra manera, importa en forma de instituciones jurídicas los mecanismos epistemológicos necesarios para alcanzar esa finalidad.”⁵

Relativamente ao controle da fiabilidade da prova isso se torna possível com o deslocamento do debate do campo da valoração – porque apenas podem ser avaliadas as provas obtidas lícitamente e praticadas de maneira adequada – para o da fiabilidade, que implicará no exercício de uma “prova sobre a prova”, isto é, na comprovação (demonstração) da correção do procedimento de obtenção e preservação dos elementos probatórios.

Mais uma vez convém recorrer às lições de Ferrer Beltrán:

“La prueba sobre la prueba, por otro lado, supone un control sobre la fiabilidad de las pruebas existentes, que la confirme o la impugne. Se trata de pruebas que no versan directa ni indirectamente sobre los hechos del caso, sino sobre otras pruebas, y son esenciales en muchos casos para una correcta valoración individual de la prueba, en aras a determinar el grado de fiabilidad que ofrece.”⁶

Na caminhada na busca por um procedimento penal que tenha como cumprir as exigências de um processo racional-legal, como será visto adiante, os mecanismos de controle da prática das provas desmistificam aparentes “verdades científicas” porque permitem questionar não somente seus critérios, mas ainda mais a própria base empírica.

Gascón Abellán lembra o recente, mas ao que parece imparável movimento descendente de “crença” em exames tradicionais da polícia científica, hoje questionados em um contexto de revisão de métodos e de aperfeiçoamento de critérios.

Destaca Gascón Abellán:

“Pero sí exige a los jueces – y esto es lo más significativo – escrutar de manera más estricta muchas pruebas científicas que hasta ahora no habían sido cuestionadas y conduce así a que éstos recuperen su papel de *gatekeeper*.

(...)

De hecho, después de esta sentencia, ámbitos tradicionales de la policía científica, como las huellas papilares, la grafística y la balística empiezan a ser puestos seriamente en cuestión.”⁷

A inexistência de expressa previsão legal da “prova sobre a prova”, no contexto de uma investigação penal, não implica na impossibilidade da controvérsia ou em sua impertinência.

5. FERRER BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 87.

6. *Ibidem*, p. 89.

7. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Prueba científica...*, obra citada, p. 192-193.

Como
condição de
cautelares”,
mesma.

Desne
mente, o co

Mais
ditório é fu
é, como fur
probatória

Recor

me

co

co

tie

19

pr

co

co

so

rel

2)

int

co

ve

4)

pr

Em c
gico, um c
sobre a ac
consistem
definição

8. Co
de qualque
inviolabili
termos seg

(...)

LV – ac
assegurad

9. FER

Como visto do texto atual do artigo 155 do CPP, o contraditório é uma condição de validade da prova penal e haverá casos, definidos como “provas cautelares”, nos quais o “território” de sua produção é a investigação criminal mesma.

Desnecessário esclarecer as razões pelas quais, jurídico-constitucionalmente, o contraditório configura critério de validade de um ato processual.⁸

Mais importante, penso, é sublinhar porque epistemologicamente o contraditório é fundamental como mecanismo de controle da fiabilidade da prova, isto é, como funciona como método de demonstração da correção da própria atividade probatória e garantia de sua qualidade.

Recorre-se uma vez mais a Ferrer Beltrán:

“En este caso, puede decirse que el modo de implementar jurídicamente mecanismos que faciliten la corroboración es el denominado principio de contradicción. A los efectos del problema que se está tratando, el principio de contradicción (que es parte de las garantías del derecho de defensa en juicio) tiene la función de “verificar *in itinere* la calidad de la prueba” (Taruffo, 1992: 403). Por ello, analizaré en lo que sigue al alcance y aplicación de este principio en lo que atañe a la formación y práctica de la prueba.

Sin pretensión de exhaustividad, puede decirse que el principio de contradicción opera permitiendo cuatro tipos de controles probatorios: 1) un control sobre la correcta aplicación de las reglas epistemológicas y jurídicas sobre la admisión de la prueba (*i. e.*, el principio de admisión de toda prueba relevante y las excepciones establecidas por reglas de exclusión jurídicas); 2) la práctica de la prueba de forma contradictoria, esto es, permitiendo la intervención de las partes en la misma; 3) la posibilidad de proponer pruebas contrarias a las ofrecidas por la otra parte procesal, de modo que permita vencer a éstas y/o corroborar una hipótesis fáctica distinta e incompatible; 4) la posibilidad de proponer pruebas de segundo orden (o pruebas sobre la prueba) que impugnen la fiabilidad de pruebas ofrecidas por la otra parte.”⁹

Em outras palavras: de acordo com Ferrer Beltrán, pelo ângulo epistemológico, um controle sobre a correta aplicação das regras epistemológicas e jurídicas sobre a admissão da prova e a possibilidade de propor provas sobre as provas consistem em importantes mecanismos de fiabilidade probatória que integram a definição epistêmica do “contraditório”.

8. Constituição da República: “Art. 5.º 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:

(...)

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

9. FERRER BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional...*, obra citada, p. 87-88.

Neste contexto, o exame da correção da prática da prova ainda na fase preliminar, de investigação criminal, e, em seguida, na etapa de julgamento da admissibilidade da acusação, nada mais é do que a forma de redução de complexidade do mandamento constitucional que prescreve o contraditório e condiciona o processo a regras de garantia ("devido processo legal").

Dito de outra maneira, por Ferrer Beltrán:

"Resulta evidente que la necesidad o conveniencia de una prueba de este tipo se aprecia en el momento en que se practica la prueba que será objeto posterior de la nueva pericia (Gascón Inchausti, 1999: 135 ss.)."¹⁰

O novo processo penal italiano buscou regular a matéria por meio dos artigos 253, que trata do "sequestro do corpo de delito", 257, que cuida do "reexame do decreto de sequestro", 321, que define o objeto do sequestro preventivo, no âmbito das cautelares reais, e o 324, este dedicado ao procedimento de impugnação do sequestro incidente até mesmo sobre o corpo de delito.¹¹

A ideia, provocada por decisões da Corte Constitucional italiana, é a de que, mesmo no âmbito cautelar e ainda que se trate de corpo de delito, há de se proporcionar as condições para o contraditório sobre o corpo de delito, sob pena de cuidar-se de um contraditório de baixa densidade constitucional, invariavelmente centrado na discussão sobre o laudo e nunca sobre as condições empíricas

10. *Ibidem*, p. 89.

11. 253. Oggetto e formalità del sequestro. –

1. L'autorità giudiziaria dispone con decreto motivato (125²) il sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento dei fatti.

2. Sono corpo del reato le cose sulle quali o mediante le quali il reato è stato commesso nonché le cose che ne costituiscono il prodotto, il profitto o prezzo.

3. Al sequestro procede personalmente l'autorità giudiziaria ovvero un ufficiale di polizia giudiziaria delegato con lo stesso decreto.

4. Copia del decreto di sequestro à consegnata all'interessato, se presente.

[...]

257. Riesame del decreto di sequestro. –

1. Contro il decreto di sequestro l'imputato, la persona alla quale le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione possono proporre richiesta di riesame, anche nel merito, a norma dell'articolo 324.

2. La richiesta di riesame non sospende l'esecuzione del provvedimento.

[...]

321. Oggetto del sequestro preventivo. –

1. Quando vi è pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati, a richiesta del pubblico ministero il giudice competente a pronunciarsi nel merito ni dispone il sequestro con decreto motivato. Prima dell'esercizio dell'azione penale provvede il giudice per le indagini preliminari.

324. Procedimento di riesame. –

1. La richiesta di riesame à presentata, nella cancelleria del tribunale indicato nel comma 5, entro dieci giorni dalla data di esecuzione del provvedimento che ha disposto il sequestro o dalla diversa data in cui l'interessato ha avuto conoscenza dell'avvenuto sequestro.

de práti
própria

N
facultar
rido, co
crimina

N
dade de
investig

D
-penal

ilícita r
do Con

vista de
control

sual co

A
provas
mação
da Am

12.
Giuffrè

13.
na fase
represe

porque
conserv

pessoa
quesito

obtidas
marcad

requere
diferido

Revista
a poste
debate

capaci
14.
635-63

de prática da prova, que são as verdadeiramente decisivas para a fiabilidade da própria prova.¹²

No Brasil a tradição, sem amparo na Constituição da República (CR), é a de facultar um contraditório de baixa densidade, definido como contraditório diferido, com esvaziamento do procedimento cautelar que tem lugar na investigação criminal.¹³

No âmbito do processo penal brasileiro Aury Lopes Jr. percebeu a necessidade de viabilizar o debate contraditório sobre a fiabilidade da prova na fase de investigação criminal.¹⁴

Desse modo, quer pelo prisma mais tradicional, típico do modelo jurídico-penal de origem continental europeia, que é o de vedação da entrada da prova ilícita no processo, quer incorporando a dimensão estudada a tempos no âmbito do *Common Law*, que tende a também excluir as provas inconfiáveis do ponto de vista de sua qualidade para efeito de demonstração dos fatos, os cuidados com os controles de entrada da prova configuram elementos que no dispositivo processual conferem efetividade ao sistema de controles epistêmicos.

Alguns destes elementos, diretamente ligados à cadeia de custódia das provas, serão vistos em seguida, com especial atenção ao movimento de aproximação dos modelos jurídico-penais desde o último período de redemocratização da América Latina.

12. Por todos: ADORNO, Rossano. *Il riesame delle misure cautelari reali*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2004.

13. Veja-se a título de exemplo a lição de Ada P. Grinover: "As perícias realizadas na fase policial são, em regra, feitas, sem prévia manifestação da defesa e, muitas vezes, representam a comprovação do corpo de delito. Excluídos os casos em que há urgência, seja porque há risco de desaparecerem os sinais do crime, seja porque é impossível ou difícil conservar a coisa a ser examinada, ou ainda as hipóteses em que inexistente suspeita contra pessoa determinada, a autoridade policial deveria dar oportunidade ao indiciado de apresentar quesitos para maior garantia de sua defesa. Todavia, tem-se entendido que as provas periciais obtidas na fase policial independem de manifestação de indiciado, porque o inquérito é marcadamente inquisitório e também porque pode o réu, na ação penal, impugnar a perícia, requerer novo exame, pedir esclarecimentos aos peritos. Realiza-se enfim um contraditório diferido." GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 145. Está claro – e a práxis confirma – que as impugnações a posteriori estão condenadas a debater em torno de algo que os peritos já afirmaram. Um debate do gênero, como frisou Gascón Abellán, fica sensivelmente prejudicado "pela grande capacidade de persuasão e influência de uma prova científica".

14. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 635-637.

5.2. A autenticidade da prova como premissa da fiabilidade: a mesmidade e o princípio da desconfiança

No fim dos anos 90 e início deste século, na América do Sul, o Chile saltou de um processo penal de clara e aberta adesão ao modelo inquisitorial para outro, fundado em um paradigma acusatório, mais condizente com as exigências do Estado de Direito, mas também mais preocupado com o acerto da decisão judicial.

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

Sobre o tema ressaltam os juristas chilenos Andrés Baytelman e Mauricio Duce¹⁵ que documentos e objetos têm a cada dia maior importância na decisão das causas penais, no lugar da antes preponderante prova testemunhal e, como estes elementos probatórios se prestam a indicar a veracidade dos argumentos manejados pelas partes, resulta fundamental preservar-lhes as condições de credibilidade.

Destacam os cultos professores chilenos que “armas, contratos, vídeos” têm em comum, como elementos probatórios, o fato de: a) serem produzidos, por definição, sem intermediação, isto é, a sua existência autônoma, relativamente ao juiz, diferentemente do depoimento da testemunha por este colhido, não está cercada da garantia da presença do juiz no momento de formação da prova; b) não há contraditório no ato de formação da prova. O contraditório operará, com exclusividade, por ocasião do ingresso do elemento probatório no processo.¹⁶

No contexto do processo penal colombiano a previsão de métodos de “autenticidade” da prova remonta ao Decreto n. 786, de 16 de abril de 1990, mas apenas com os Códigos de Processo Penal de 2000 e 2004 (capítulo IV, denominado “Da Cadeia de Custódia”) a matéria mereceu tratamento sistemático.¹⁷⁻¹⁸

Comentando o assunto Juan Carlos Urazán Bautista salienta que “a autenticidade do elemento [probatório] constitui segurança para a administração da

15. BAYTELMAN, Andrés A.; DUCE, Mauricio J. *Litigación penal...*, obra citada, p. 283.

16. *Ibidem*.

17. URAZÁN BAUTISTA, Juan Carlos. *La Cadena de Custodia en el Nuevo Código de Procedimiento Penal*. Disponível em: <<http://fundacionluxmundi.com/custodia.php>>. Consultado em 30 de julho de 2014.

18. Ver igualmente: *Manual de buenas practicas en la escena del crimen*. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/MarlyMartineValdez/manual-de-buenas-practicas-en-la-esce-na-del-crimen?qid=aa20b3-1c9b-4cd7-b9f8-7c71a07e24e6&v=qf1&b=&from_search=2>. Consultado em 20 de fevereiro de 2015.

justiça, pois
conhecimen

Daí, su
Bogotá, a ca
dade da pro
se determina
que se está t

Compi
sejam cerca
processuais

Trata-
vras dos au
desconfiança

doc
por
que
dep
juic
el c
por
per
cor
cor
lo c
dic

por
ser

O cui
questões de
probatório
e também
cimento ju
decisão ju

Uma
no âmbito
do crime c

19. URA
20. *Ibid*
21. *Ibid*

justiça, pois esta se desenvolve com fundamento na realidade, não em meios de conhecimento que não a reproduzem".¹⁹

Daí, sublinha o Diretor do Centro de Estudos da Fundação Lux Mundi, em Bogotá, a cadeia de custódia fundamenta-se no princípio universal de "autenticidade da prova", definido como "lei da *mesmidade*", isto é, o princípio pelo qual se determina que "o "mesmo" que se encontrou na cena [do crime] é o "mesmo" que se está utilizando para tomar a decisão judicial".²⁰

Compreende-se, pois, que a formação e preservação do elemento probatório sejam cercadas de cuidados, independentemente da previsão expressa de regras processuais penais no direito ordinário.

Trata-se de uma questão epistêmica, que se traduz, com precisão, nas palavras dos autores chilenos Baytelman e Duce,²¹ por um princípio processual de desconfiança:

"Estas características traen como consecuencia que el mero objeto o documento no sea, en sí mismo, información de calidad suficiente, al menos porque no podemos estar seguros de que sean lo que efectivamente la parte que los presenta dice que son. Nadie, incluidos los jueces, tiene por qué depositar ninguna confianza especial en dicha parte. Ésa es toda la gracia del juicio: no hay confianzas preestablecidas. El fiscal tiene una carga probatoria, el defensor puede jugar a desacreditar el caso del fiscal hasta hacerlo caer por debajo del estándar, o bien puede acreditar su propia defensa afirmativa; pero, en todo caso, todo se remite al lenguaje de la prueba y de la credibilidad concreta de la misma; fuera del mundo de la prueba, no tiene por qué haber concesiones para nadie (tanto al fiscal como al defensor les pagan para decir lo que están diciendo), y eso incluye también a las proposiciones fácticas que dicen 'este objeto (o documento) es aquello que yo afirmo que es'.

La producción de prueba material en el juicio, en consecuencia, se rige por dos lógicas en tensión: de una parte, la lógica de la otra, la lógica del sentido común."

O cuidado que envolve o tema da formação da prova leva em consideração questões de ordem prática como, por exemplo, a manipulação indevida do elemento probatório com o propósito de incriminar ou isentar alguém de responsabilidade e também interroga, no plano teórico, as condições concretas do melhor conhecimento judicial. Em outras palavras, trata-se de perseguir a melhor qualidade da decisão judicial e reduzir ao máximo os riscos de incriminação imprópria.

Uma das aplicações práticas da cadeia de custódia das provas está prevista, no âmbito do processo penal espanhol, para o caso de colheita de DNA no lugar do crime com vistas à identificação do agente.

19. URAZÁN BAUTISTA, Juan Carlos. *La Cadena de Custodia...*, obra citada, p. 1.

20. *Ibidem*.

21. BAYTELMAN, Andrés A.; DUCE, Mauricio J. *Litigación penal...*, obra citada, p. 284.

Fonte de inúmeros problemas decorrentes da manipulação de material genético – com fins criminosos ou por acidente – a validade da identificação genética nesses casos reclama a comprovação de que a cadeia de custódia do referido material foi preservada.

Salienta, com efeito, Helena Soletto Muñoz, com especial referência ao direito norte-americano:

“d) 2. La cadena de custodia

La toma de muestras es el inicio de un largo procedimiento que podrá terminar en la coincidencia de una muestra indubitada con otra u otras dubitadas, y puede ser la primera etapa de la pericia que se practique, por lo que tiene gran relevancia la fiabilidad de la recogida de los materiales y la custodia conveniente de éstos hasta su análisis, siguiendo las reglas establecidas Ministerialmente.

Es absolutamente básico poder demostrar de forma documentada la cadena de custodia de las muestras como garantía para la admisibilidad de la prueba de ADN.

La cadena de custodia no es regulada por la ley de 2003 ni por la de 2007; se hace referencia a ella en el artículo 326, y cuya responsabilidad se atribuye a la Policía Judicial o al médico forense, y que, en principio se presume cuando se siguen los protocolos establecidos.

En otros países se encuentra protocolizada expresamente para los restos encontrados en el lugar del delito la cadena de custodia; así, en Estados Unidos, la recogida de muestras la realiza la policía o el investigador de la escena del crimen, que fotografía y dibuja la organización de las pruebas en el lugar del crimen; y que recogen cada muestra en una bolsa que firma con sus iniciales.

Posteriormente, se documenta la llegada de la muestra al laboratorio de análisis, habitualmente externalizado en las localidades pequeñas, y de vuelta a la policía se documenta la entrega del resultado, y se inscribe éste en la base de datos.

En principio, la cadena de custodia debería reflejarse documentalmente con las firmas de las personas competentes en cada entrega de la muestra.

En este sentido, será susceptible de cuestionarse por la defensa la cadena de custodia cuando no se hubieran respetado, arrojando la consecuente incertidumbre sobre la prueba pericial resultante.

La norma ISO/IEC 17025 para laboratorios de ensayo, aplicable para los laboratorios que analizan ADN, y de aplicación en España, establece normas que garantizan la cadena de custodia: cada muestra recibida debe estar perfectamente identificada y relacionada con el ensayo y los resultados obtenidos, y se anotan detalles correspondientes al análisis, como los lotes de reactivos utilizados, métodos y equipos empleados, fecha y firma de la

persona que realiza el análisis y cualquier incidencia que haya acontecido durante el proceso.”²²

A confiabilidade quase cega que se costuma dedicar ao que provém das perícias, em um “apego ferrenho àquela concepção ultrarracionalista da prova”, segundo Antonio do Passo Cabral,²³ em geral é causadora do denominado “fetiche da prova técnica” que tende a tornar inoperantes os esforços de contradição das condições epistemológicas de configuração do elemento probatório.

Essa é a razão pela qual as ordens jurídico-processuais que se ajustaram constitucionalmente ao modelo acusatório de processo regulam o procedimento probatório e cuidam não apenas de assegurar a produção do elemento probatório – neste sentido existe pouca diferença em relação ao modelo inquisitorial reformado – mas também as condições para a demonstração de que estes elementos estão preservados para futuro exame, valoração ou perícia.

Os princípios da “mesmidade”²⁴ e da “desconfiança” são fundamentais para garantir o juízo mediante a redução dos riscos de erro judiciário, consistindo no fundamento lógico e epistemológico da “cadeia de custódia das provas”, que será apresentada adiante.

Últimas palavras no tópico.

A experiência contemporânea de preservação da “cadeia de custódia” impõe que “a cadeia de custódia deve estar conformada pelo menor número de custódios possível; o menor número faz com que o elemento seja menos manipulado; a menor manipulação o expõe menos; ao expor-se menos, se está protegendo o elemento, se lhe está defendendo”.²⁵

5.3 A cadeia de custódia das provas como consectário lógico do princípio da legalidade

Como acentuei linhas atrás, o presente estudo origina-se de parecer jurídico que está reproduzido no livro “Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos”. Não custa, todavia, realçar que o estado de direito tem nas regras do devido processo legal sua base jurídico-política, por meio da qual o exercício legítimo do monopólio da força tende a não se converter em arbítrio.

22. SOLETO MUÑOZ, Helena. *La identificación del imputado*: Rueda, fotos, ADN: de los métodos basados en la percepción a la prueba científica. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p. 141-142.

23. CABRAL, Antonio do Passo. *Questões processuais no julgamento...*, obra citada, p. 9.

24. Emprego o termo em sua forma aproximada à em língua espanhola, porque não há correspondente adequado em português, não se tratando de “mesmice”, pois que em português o uso coloquial desta palavra remete a outro significado. O uso do termo “identidade” igualmente não resolveria a questão, embora talvez seja mais propício que “mesmice”.

25. URAZÁN BAUTISTA, Juan Carlos. *La Cadena de Custodia...*, obra citada, p. 3. Tradução livre.

O processo penal condenatório é antes de mais nada um processo probatório. A atividade probatória deve ser de qualidade tal a espancar a dúvida sobre a existência do crime e a autoria responsável, em termos compatíveis com o estado de direito.

Conforme mencionado, Kudlich advertiu que no Estado de Direito a lei processual penal deve ser a “lei de execução da Constituição”.²⁶

Em verdade, Kudlich remete à proposição de Henkel, citada por Manuel da Costa Andrade: “o direito processual penal como verdadeiro direito constitucional aplicado”.²⁷

Com o risco de ser cansativo reitera-se que o processo penal não deve traduzir mera cerimônia protocolar, um simples ritual que antecede a imposição do castigo previamente definido pelas forças políticas, incluindo-se nesta categoria os integrantes do Poder Judiciário.

Ao revés, como enfatizado, somente o processo que se caracteriza *ab initio* pela incerteza e que reclama a produção da certeza como meta, porém em seus próprios termos, isto é, em harmonia com preceitos que assegurem a dignidade da pessoa, estará de acordo com o ideal preconizado pela categoria jurídica “devido processo legal”.

Uma das consequências derivadas da posição da presunção de inocência como princípio reitor do processo penal está em fundar a imposição e aplicação da pena em um dispositivo probatório.

Ferrajoli assevera a importância do que denomina de controle empírico, como fundamento do processo penal no estado de direito; em outras palavras, que a tese acusatória em um processo criminal seja submetida à verificação e exposta à refutação, para que resulte apoiada por provas e contraprovas: *nullum iudicium sine probatione*.²⁸

O controle da legalidade da persecução penal, portanto, deve ser realizado sob perspectiva completa, porque desde a investigação criminal incidem de forma plena todas as garantias, não mais limitadas por necessidades conjunturais da pesquisa policial ou particular.

A pauta de exame judicial é ampla e perscruta a escrupulosa observância dos elementos constitutivos do devido processo legal.

A título de exemplo, 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

26. KUDLICH, Hans. El principio de legalidad ..., obra citada, p. 436. COSTA ANDRADE, Manuel. *Sobre as proibições...*, obra citada, p. 12.

27. *Ibidem*.

28. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, obra citada, p. 37.

esta estrutura pressupõe: o direito ao juiz ordinário preordenado por lei, independente e imparcial, em um processo com as garantias da publicidade, presunção de inocência, conhecimento da acusação (*com a ciência de meios e fontes de prova existentes*), tutela contra a autoincriminação compulsória, direito à paridade de armas, à audiência, à prova, à inquirição de testemunhas, a conhecer as razões do tribunal e ao processo em prazo razoável.²⁹

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

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

E, claro, detectada a impossibilidade de assegurar a autenticidade do elemento probatório, em geral as agências de repressão penal dedicam-se a corrigir e justificar as falhas, atribuindo-as quase sempre a descuidos na manutenção dos elementos probatórios.

A questão, porém, permanece.

Foram alterados elementos probatórios ou dados essenciais? Foram suprimidos elementos essenciais? Foram acrescentados, artificialmente, elementos relevantes que haviam sido ilicitamente obtidos e, portanto, fazia-se necessário ocultar a fonte verdadeira? Perguntas sem resposta satisfatória no âmbito da investigação em curso que servem somente para reforçar o denominado "princípio da desconfiança", consagrado também no direito norte-americano.

A delicada situação de uma investigação criminal não controlável pode conduzir, no extremo, a exercícios retóricos de desvalorização da própria investigação, quando, em realidade, ela ocupará lugar central em hipotética decisão condenatória fundada em depoimentos que "analisam" e "avalizam" o conjunto de elementos colhidos na investigação, disponíveis para a defesa sem a mínima segurança de que se trata dos produtos efetivamente apreendidos.

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.

Neste sentido ressalta Paula Menezes:

29. HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos..., obra citada, p. 309-372 (grifo nosso).

“A pesquisa ‘*Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*’ mostrou que a prova pericial pode ser eivada de vício na colheita da prova, por falta de treinamento de quem as colhe.”³⁰

A Menezes menciona as cautelas adotadas nos Estados Unidos da América e descreve a trajetória dos cuidados que, antes de qualquer coisa, colocam em relevo a característica problemática que prudentemente deve cercar a prática e o resultado desse tipo de atividade probatória. Conforme Paula Menezes:

“Após o estudo sistemático das *Federal Rules of Evidence* nos Estados Unidos e dos comentários na doutrina especializada, é possível afirmar que a prova pericial passa por uma série de testes para fins de admissibilidade, que se iniciam como principal: determinar se uma prova é ou não relevante, já que provas irrelevantes não são admitidas. Como concluir se uma prova é ou não relevante? A resposta está no teor do artigo 401. Considera-se que a prova seja relevante quando tendencialmente faz a existência de um fato mais ou menos provável do que sem a prova e quando o fato é uma consequência de determinada ação.

(...)

Como visto, de acordo com a Suprema Corte Americana no caso *Kumbo*, após ser questionada, os mesmos requisitos de controle da prova pericial científica são adequados para a prova técnica ou especializada. Quando estiverem em jogo os conhecimentos técnicos ou especializados, o controle de admissibilidade pelos juízes e tribunais *a quo* deve seguir método análogo àquele empregado no controle de conhecimentos científicos.

Esse novo critério acabou por impedir a apresentação de prova pericial, que antes passava no exame de admissibilidade feito de acordo com o artigo 702 das FRE, antes da reforma de 2000.

(...)

Os exames de admissibilidade tradicionais da *Common Law* nada mais constituem do que uma técnica de fiscalização qualitativa do processo, uma vez que preventivamente visam manter a confiabilidade dos dados ou material apresentados como prova.

(...)

Os limites probatórios não são impostos arbitrariamente, mas decorrem do resultado de regras de experiência, de valores culturais, históricos, e da necessidade de se adotar instrumentos que garantam a efetividade do processo como método de solução de controvérsia que é.

(...)

Standards e Protocolos de boa conduta servem para revestir de profissionalismo a prestação de um serviço e permitem às organizações criar sistemas

30. MENEZES, Paula Bezerra de. *Novos rumos da prova pericial*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2014. p. 186; 187; 189-193; 195-196.

de qualidade, de regras, de processos e a manter sua autonomia contra interesse pessoal de certos grupos.”³¹

Mesmo os sistemas jurídicos mais tolerantes no mínimo apelam à conexão de antijuridicidade e não admitem provas derivadas quando, ademais do nexo de causalidade natural entre as provas (a ilícita e a derivada), identifica-se a causalidade normativa. Esta é definida como classe de conexão jurídica que reconhece na original prova ilícita a expressão de um direito constitucional vulnerado.

Em teoria são inválidos os elementos probatórios que, produzidos com base no substrato de informações originado de prova ilícita, guardem grau de interdependência com estes elementos informativos reconhecidamente ilícitos.

Essa é a razão pela qual, consoante referido, a investigação criminal conforme ao devido processo legal deve ser ponderada em dupla perspectiva: a) como meio hábil à formação da justa causa para a ação penal, interditando o recurso à acusação penal nos casos em que esta não supera o filtro das condições mínimas para levar alguém a juízo; b) como exigência de que a própria investigação encontre adequação legal, tendo em vista o conjunto de garantias que controlem e estejam dotadas do potencial de contenção da vocação expansiva do poder de punir.³²

No direito brasileiro praticamente não há referências doutrinárias à cadeia de custódia, designação pela qual é conhecido o dispositivo que pretende assegurar a integridade dos elementos probatórios, não obstante o seu significado em termos de redução de complexidade da garantia constitucional contra a prova ilícita.

As razões são conhecidas e foram enunciadas na apresentação, ressalva feita à iniciativa do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais de tratar da matéria em sua colaboração com os trabalhos em curso no Legislativo voltados à edição de um novo Código de Processo Penal.

Ainda assim, a bibliografia sobre perícia criminal não ignora o tema. Vale a reprodução das lições de Alberi Espindula:

“Finalidade da cadeia de custódia

Claro está que a finalidade em se garantir a cadeia de custódia é para assegurar a idoneidade dos objetos e bens escolhidos pela perícia ou apreendidos pela autoridade policial, a fim de evitar qualquer tipo de dúvida quanto à sua

31. *Ibidem*.

32. Exemplo disso as decisões do STF “trancando inquéritos policiais” abusivamente instaurados. HC 96.055/SP, Primeira Turma (rel. Min. Dias Toffoli, 06.04.2010); Quest. Ord. em Ação Penal 422-4/SP, Tribunal Pleno (rel. Min. Cármen Lúcia, 27.03.2008); HC 89.902-1/SP, Segunda Turma (rel. Min. Gilmar Mendes, 18.09.2007); Quest. Ord. em Petição 3.593-3/SP, Tribunal Pleno (rel. Min. Celso de Mello, 02.02.2007); Emb. Decl. no HC 92.484/AM, Segunda Turma (rel. Min. Joaquim Barbosa, 05.06.2012).

origem e caminho percorrido durante a investigação criminal e o respectivo processo judicial.

Importante esclarecer que a cadeia de custódia não está restrita só ao âmbito da perícia criminal, mas envolve desde a delegacia policial, quando apreende algum objeto e já deve observar com rigor tais procedimentos da cadeia de custódia. Podemos voltar mais ainda: qualquer policial, seja ele civil ou militar, que for receptor de algum objeto material que possa estar relacionado a alguma ocorrência, deve também – já no seu recebimento ou achado – proceder com os cuidados da aplicação da cadeia de custódia. E essas preocupações vão além da polícia e da perícia, estendendo-se aos momentos de trâmites desses objetos da fase do processo criminal, tanto no ministério público quanto na própria justiça. Os procedimentos da cadeia de custódia devem continuar até o processo ter transitado em julgado.

Muitas situações já são conhecidas sobre fatos dessa natureza, nas quais é levantada a suspeição sobre as condições de determinado objeto ou sobre a própria certeza de ser aquele o material que de fato foi apreendido ou periciado. Assim, o valor probatório de uma evidência ou documento será válido se não tiver sua origem e tramitação questionada. Qualquer questionamento acarretará prejuízo para processo como um todo.³³

A realidade, no entanto, é outra quando se trata de processo penal com consolidada tradição acusatória. Assim, leciona Orlando Muñoz Neira que:

“A evidência física não está isenta do requisito da autenticação e é justamente aí que entra a jogar um papel decisivo a cadeia de custódia. Quando a defesa ou o Ministério Público se propõem a apresentar evidências físicas ante uma corte, a parte que alega deve estar disposta a mostrar que o objeto que oferece como evidência é o mesmo que foi apreendido na cena de que se trate.”³⁴

No direito norte-americano, com maior experiência em práticas processuais orientadas à redução da complexidade em relação à concreta garantia da proibição da prova ilícita, 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.

Assim, “qualquer interrupção na cadeia de custódia pode causar a inadmissibilidade da evidência. Mesmo se admitida, uma interrupção pode enfraquecer ou

33. ESPINDULA, Alberi. *Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia*. 3. ed. Campinas: Millenium, 2009. p. 165.

34. MUÑOZ NEIRA, Orlando. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos: fundamentos constitucionales. Panorama procesal. Principio de oportunidad. Juicios por jurado. Principales diferencias con el derecho colombiano*. Bogotá: Legis, 2006. p. 361. Ainda sobre o tema: MAYERS, Lewis. *El sistema legal norteamericano*. 2. ed. Buenos Aires: Omeba, 1969. p. 104; CHAMPION, Dean John. *Leading U. S. Supreme Court Cases in Criminal Justice: Briefs and Key Terms*. Ohio: Pearson Prentice Hall, 2009, p. 318; HALL, Daniel E. *Criminal Law...* obra citada, 478; MILLER, Frederic P.; VANDOME, Agnes F.; MCBREWSTER, John. *Exclusionary rule...*, obra citada, p. 21-22.

destruir seu valor probatório. A regra é ter o menor número possível de pessoas lidando com a evidência”.³⁵

Com efeito, desta tradição, que a evolução legislativa brasileira revela ser um caminho sem volta na tutela dos direitos fundamentais no processo penal, a nossa dogmática deve beneficiar-se da experiência norte-americana:

“A supressão, pela acusação, de evidências favoráveis ao acusado, mediante pedido, viola o devido processo legal quando a prova é material para culpar ou punir, independentemente da boa-fé ou má-fé da acusação. (*Case Brady vs. Maryland*, 1963).”³⁶

“Quando a substância analisada passou por várias mãos, a evidência não deve deixar conjecturas a respeito de quem a tinha e o que foi feito com ela entre a tomada e análise. Benton, 232 S.C. at 33-34, 100 S.E.2d at 537 (citation omitted). ‘O testemunho de cada um dos responsáveis pela custódia das provas fungíveis, no entanto, não é um pré-requisito para o estabelecimento de uma cadeia de custódia suficiente para a admissibilidade.’ Sweet, 374 S.C. at 7, 647 S.E.2d at 206 (citing *State vs. Taylor*, 360 S.C. 18, 27, 598 S.E.2d 735, 739 (Ct. App. 2004)).”³⁷

(...) o mero fato de a evidência estar selada ao ser apresentada para o teste não estabelece, em si mesmo, uma cadeia de custódia suficiente. Ainda são necessárias evidências de como o produto foi obtido e como ele foi manuseado para garantir que ele é, de fato, o que pretende ser. No entanto, temos constantemente defendido que a cadeia de custódia precisa ser estabelecida somente na medida do possível, e reiteramos que nem toda pessoa que manuseia a evidência deve ser identificada em todos os casos. (*Caso State vs. Hatcher*, 2011).”³⁸

A juíza Shira A. Scheindlin, no âmbito da Sedona Conference, reafirma a validade da tese central, instituída em *Brady v. Maryland*, mesmo com o temperamento introduzido pelo caso *Cal. v. Trombetta*, 467 U.S. 479 (1984), haja vista os desafios provocados no âmbito da *ediscoversy*, tal seja, aqueles relativos à recolha, preservação, revisão, produção e admissibilidade como prova em virtude da expressiva “criação e arquivamento de arquivos eletrônicos e pelo extraordinário volume e diversidade destes arquivos”.³⁹

35. OSTERBURG, James W.; WARD, Richard H. *Criminal investigation: a method for reconstructing the past*. Cincinnati: Anderson Publish, 1992. p. 180 (tradução livre).

36. *Case Brady vs. Maryland*, 1963. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/83/case.html>>. Consultado em 05 agosto de 2013 (tradução livre).

37. *Case State vs. Hatcher*, 2011. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/south-carolina/supreme-court/2011/26950.html>>. Consultado em 05 de agosto de 2013 (tradução livre).

38. *Case State vs. Hatcher*, 2011. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/south-carolina/supreme-court/2011/26950.html>>. Consultado em 05 de agosto de 2013 (tradução livre).

39. SCHEINDLIN, Shira A. *Electronic Discovery and Digital Evidence in a nutshell*. 2. ed. St. Paul: West Academic Publishing, 2016. p. III.

“The Supreme Court has established that, above and beyond the (minimal) obligations imposed by discovery rules, the prosecution has a *constitutional* duty to disclose certain exculpatory information to the defendant in advance of trial. The leading case is *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963), where the Supreme Court found that the prosecutor has an obligation to disclose all materially exculpatory evidence.”⁴⁰

Conforme Robert A. Doran leciona “a cadeia de custódia é um processo usado para manter e documentar a história cronológica da evidência. Este processo deve resultar num produto: a documentação formal do processo”.⁴¹

Ainda consoante Doran:

“A cadeia de custódia é necessária para estabelecer a suficiência legal da prova, uma vez que esta veio para a custódia do departamento de polícia. Isso quer dizer que, a evidência não foi perdida, que não houve adulteração da evidência, e ela não foi contaminada, tanto por outros elementos armazenados nas proximidades, como pelo recipiente no qual está armazenada a prova.”⁴²

A questão que de uma forma um tanto intuitiva era tratada no âmbito do direito brasileiro, no estudo das perícias, como assunto de relevância estritamente técnica, transcende esta dimensão para gozar de status constitucional, pois que se relaciona com a garantia contra a prova ilícita.

Quando, ademais, o problema desloca-se da preservação de vestígios, documentos e outros objetos para a de suportes digitais, cujos riscos de manipulação são equivalentes aos de confusão entre meios de prova e meios de investigação da prova (fontes de prova), no âmbito de incidência de métodos ocultos de investigação, que serão tratados em seguida, mas que se sabe sobrevivem no ambiente rarefeito das cautelares *inaudita altera pars*, a emergência dos controles sugeridos internacionalmente é indiscutível.

A constatação em um processo concreto de que houve supressão de elementos informativos colhidos nestas circunstâncias fundamenta a suspeição sobre a infidelidade de registros remanescentes e realça a ineficácia probatória resultante da quebra da cadeia de custódia, cobrando da decisão judicial que ordena a obtenção do elemento probatório uma determinada estrutura, indicativa da prática da prova que se realizará.

40. *Ibidem*, p. 379. “A Suprema Corte estabeleceu que, acima e além das (mínimas) obrigações impostas pelas regras de *discovery*, a acusação tem o dever constitucional de divulgar certas informações exculpatórias à defesa antes do julgamento. O *leading case* é *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963), onde a Suprema Corte estabeleceu que a acusação tem a obrigação de divulgar toda prova materialmente exculpatória” (tradução livre).

41. DORAN, Robert A. *Exploring the links in the chain of custody*. Disponível em <http://www.radoran-associates.com/main/downloads/Exploring%20The%20Links%20In%20The%20Chain%20Of%20Custody.pdf>. Consultado em 05 de agosto de 2013.

42. *Ibidem*.

Releva notar que tem sentido a especulação de que a preservação de elementos probatórios cuja supressão termina comprovada por perícia poderia influenciar na interpretação do conjunto probatório, tendo em vista a natureza persuasiva das provas e o ônus persuasivo respectivo (*Burden of Persuasion*), apontando para inumeráveis explicações alternativas à tese da polícia ou da acusação.

Isso, todavia, é secundário. O processo penal está regido pela presunção de inocência e o estado de incerteza que caracteriza o seu início, acaso perpetuado, impõe que se adote o critério *in dubio pro reo*.

Por essa razão, no direito anglo-americano “a supressão, pela acusação, de evidências favoráveis ao acusado, mediante pedido, viola o devido processo legal quando a prova é material para culpar ou punir, independentemente da boa-fé ou má-fé da acusação (*Case Brady vs. Maryland, 1963*)”.⁴³

Ressaltam Baytelman e Duce que a falta de “acreditação” é causadora de uma legítima objeção da parte.⁴⁴

No caso de quebra da cadeia de custódia não se cogita de perquirir sobre a boa ou má-fé dos que manusearam o produto da atividade de investigação dos meios de prova.

A destruição dos elementos informativos, comprovada por perícia no processo, inviabiliza o exercício do direito de defesa e a própria fiscalização judicial, relativamente ao caráter de confiabilidade dos demais elementos, pois que elimina qualquer possibilidade de se ter acesso a informações que, *a priori*, justificaram a intervenção de natureza cautelar e que poderiam relacionar, de diversas maneiras, os múltiplos elementos (conversas).

Quando se trata de comunicações telefônicas, por exemplo, a supressão de diálogos justifica que não se descarte a anulação de uma manifestação por outra posterior, ou sua colocação em contexto de não incriminação.⁴⁵

Daí, na dicção de Duran, “a cadeia de custódia... (ser) necessária para estabelecer a suficiência legal da prova, uma vez que esta veio para a custódia do departamento de polícia. Isso quer dizer que, a evidência não foi perdida, que não houve adulteração da evidência, e ela não foi contaminada, tanto por outros elementos armazenados nas proximidades, como pelo recipiente no qual está armazenada a prova”.

43. *Case Brady vs. Maryland, 1963*. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/83/case.html>>. Consultado em 05 de agosto de 2013 (tradução livre).

44. BAYTELMAN, Andrés A.; DUCE, Mauricio J. *Litigación penal...*, obra citada, p. 287.

45. O argumento preciso foi empregado pelos advogados Fernando Fernandes e André Hespanhol durante o julgamento, pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, do HC 160.662/RJ, caso paradigmático de reconhecimento de quebra de cadeia de custódia das provas.

O processo penal deve ser instrumento de veiculação de informações confiáveis.

Nos limites propostos para o presente ensaio, derivados do caso concreto referido na nota anterior, a problematização da violação da cadeia de custódia enfocará provas derivadas da adoção de métodos ocultos de investigação, com emprego das chamadas técnicas especiais e a repercussão no âmbito das provas digitais.

Na sequência será advertida a estrutura das decisões judiciais de obtenção e preservação de elementos probatórios no contexto do estudo.

5.4 A cadeia de custódia das provas relativamente aos métodos ocultos, as técnicas especiais de investigação (TIES) e as provas digitais

Paridade de armas e conhecimento integral das fontes de prova obtidas durante a investigação criminal articulam-se para o concreto exercício do direito de defesa, que não fica restrito aos elementos informativos que interessam apenas à acusação.

A expansão dos métodos ocultos de investigação é a realidade das práticas de investigação criminal pelo menos nas duas últimas décadas.

Em um cenário de tensão entre liberdade e segurança e sob a inspiração da retórica do risco, os Estados produzem normativas que acossam os direitos fundamentais visando ampliar os recursos à disposição da repressão penal.

As pesquisas policiais são incrementadas com o emprego de métodos ocultos de investigação, autorizados judicialmente, como a interceptação telefônica e de e-mails, as escutas domiciliares, vigilância contínua e a infiltração de agentes, convertendo-se a prática em modelo de atuação preliminar.

Muñoz Conde denuncia esta “realidade cada vez mais presente” que, segundo sustenta, debilita progressivamente o princípio do *nemo tenetur*.⁴⁶

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

Não raro tem lugar o fenômeno que Schünemann⁴⁷ designou como “efeito hidra”.

O autor alemão fala de abusos que os meios invasivos de investigação e o recurso a cautelares tendem a produzir em um ambiente de frágil legalidade:

46. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *De las prohibiciones probatorias...*, obra citada, p. 65.

47. SCHÜNEMANN, BERND. *La reforma del proceso...*, obra citada, p. 33.

coloca-se em funcionamento um conjunto de atuações processuais consistente em buscar declarações mesmo sobre fatos até então desconhecidos.⁴⁸

Tomás Vives Antón assinala que o processo penal construído em torno da presunção de inocência não é compatível com as “investigações prospectivas”, que se projetam indiscriminadamente sobre a generalidade dos cidadãos, o que é próprio, leciona o professor da Faculdade de Direito de Valência e Vice-Presidente do Tribunal Constitucional espanhol, dos chamados “crimes de suspeita”.⁴⁹

Invoca o magistrado os termos de uma decisão do Tribunal Constitucional espanhol para frisar:

“En la medida en que las diligencias acordadas en el curso de una investigación criminal se inmiscuyan o coarten los derechos fundamentales y libertades públicas de una persona habrán de estar debidamente motivados en la resolución judicial que así las acuerden, ser necesarias y adecuadas al fin que con las mismas se persigue y practicarse con todas las garantías constitucionales, pues de lo contrario se estaría legitimando, con la excusa de seguirse una instrucción criminal, una surte de inquisición general incompatible con los principios que inspiran el proceso penal en un Estado de Derecho.”⁵⁰

Neste contexto percebem-se, por exemplo, os efeitos das decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) sobre as legislações penais europeias, que se fizeram sentir, em especial na Alemanha, em relação à lei sobre os meios de vigilância das comunicações, submetida a critérios de adequação extraídos do acórdão da Corte Constitucional Federal alemã, de 03 de março de 2004,⁵¹ na linha preconizada pelo TEDH.

O fato de o tribunal alemão ter decidido excluir da ponderação de interesses da persecução penal o “âmbito essencial de configuração da vida privada”, ao exercitar o controle de constitucionalidade sobre a lei de 28 de março de 1998,

48. *Ibidem*, p. 32.

49. VIVES ANTÓN, Tomás. El proceso penal de la presunción de inocencia. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.) *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 37.

50. *Ibidem*, p. 37-8.

51. Claus Roxin informa que, em decorrência da citada decisão da Corte Constitucional Federal alemã, o Supremo Tribunal alemão proferiu decisão em 10 de agosto de 2005, por meio da qual, ao declarar a ilicitude probatória de determinada aplicação de métodos ocultos, por violação do mencionado âmbito essencial, contribuiu para estipular o critério de “prognóstico negativo do âmbito essencial” a orientar a jurisprudência quanto ao sentido que deve ser configurado quando da interpretação/aplicação da medida investigatória de intervenção. *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 86, 89 e 106-7. Também: ROGALL, Klaus. A nova regulamentação da vigilância das telecomunicações na Alemanha. In: MENDES, Paulo de Sousa; DIAS, Augusto Silva; PALMA, Maria Fernanda (coord.). *2.º Congresso de Investigação Criminal*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 118. Os fundamentos são equivalentes às razões da edição da citada Lei 12.850/2013.

que alterou o § 100, c, I, n. 3, do CPP alemão, apenas revela a abrangência e penetração de uma das espécies de intervenção oculta para identificação de meios de prova⁵² e o contágio que deriva do emprego de recursos de investigação que capturam o que há de mais íntimo das pessoas.

Igualmente no plano da doutrina portuguesa os métodos ocultos de investigação geraram duras críticas, como a de Faria Costa⁵³ e Manuel da Costa Andrade.⁵⁴ Este coloca em relevo a reação do Tribunal Constitucional Federal alemão à denominada “grande devassa” (*große Lauschangriff*), que renovou o significado e reforçou o regime de garantias em face dos citados “meios ocultos de investigação”.

Na mesma linha Manuel Lezertua, atuante no Conselho da Europa, refere-se à expansão do crime organizado, que tem gerado ações defensivas estatais por meio de medidas coercitivas limitadoras das liberdades públicas.⁵⁵

Várias dessas ações de intromissão indiscriminada na vida privada de centenas de milhares de pessoas, como as reveladas pelo conhecido “caso Estados Unidos da América vs. Snowden”,⁵⁶ constituem atos que, flagrante e sistematicamente, violam direitos fundamentais, mas que se impõem à comunidade pelo fato de estarem alicerçados no exercício incontestável do poder.⁵⁷

52. BverfGE 109, p. 279-391, referido por Claus Roxin, em *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 86.

53. FARIA COSTA, José Francisco. As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in) discreto de um penalista. In: *Direito penal da comunicação: alguns escritos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 174-175.

54. COSTA ANDRADE, Manuel. “Bruscamente no verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 21.

55. LEZERTUA, Manuel. Terrorismo y medios jurídico-tecnológicos de investigación penal. In: ARMAZA ARMAZA, Emilio José (coord.). *La adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico*. Granada: Comares, 2010, p. 456-457 (tradução livre).

56. CHOMSKY, Noam. *Is Edward J. Snowden Aboard This Plane?* Disponível em: <<http://truth-out.org/opinion/item/17923-is-edward-j-snowden-aboard-this-plane>>. Consultado em 06 de agosto de 2013. EPSTEIN, Kate. *Netflix, quando o entretenimento nos entorpece*. Disponível em <<http://www.viomundo.com.br/denuncias/kate-epstein-netflix-quando-o-entretenimento-nos-entorpece.html>>. Consultado em 06 de agosto de 2013. RAMONET, Ignacio. *Todos somos vigiados*. Disponível em <<http://outraspalavras.net/posts/ignacio-ramonet-somos-todos-vigiados/>>. Consultado em 02 de agosto de 2013. G1. *Entenda o caso de Edward Snowden, que revelou espionagem dos EUA*. Disponível em <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/entenda-o-caso-de-edward-snowden-que-revelou-espionagem-dos-eua.html>>. Consultado em 12 de agosto de 2013. LUCA, Isabel de. *Brasil cobra resposta satisfatória dos EUA sobre espionagem*. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/mundo/brasil-cobra-resposta-satisfatoria-dos-eua-sobre-espionagem-9389338>>. Acesso em: 07.08.2013. ACKERMAN, Spencer. *Former NSA chief warns of cyber-terror attacks if Snowden apprehended*. Disponível em <<http://www.theguardian.com/technology/2013/aug/06/nsa-director-cyber-terrorism-snowden>>. Consultado em 06 de agosto de 2013.

57. Noam Chomsky não poderia ter sido mais feliz, ao citar Santo Agostinho, para descrever este estado de coisas: “The reason was provided by St. Augustine in his tale about

Lezertua advertirá para a garantia da legalidade, pois “que [a legalidade] se traduz na exigência de um marco jurídico claro”, a cobrança de aderência a um caso concreto, a arrostar o emprego de medidas prospectivas, assim como ao caráter subsidiário das referidas providências, que obrigatoriamente cedem diante de “outros meios de investigação menos onerosos aos direitos e liberdades fundamentais”.⁵⁸

Finalmente, por conta da tensão entre direitos fundamentais e controle da grave criminalidade, o Conselho da Europa editou princípios reitores, que orientam os Estados que o integram:

- A necessidade de uma base legal clara para o emprego das medidas de investigação de caráter secreto ou de intromissão;
- O respeito ao “princípio da proporcionalidade”;
- *A existência de controles* (grifo nosso).⁵⁹

A Recomendação 10, de 2005, do Conselho da Europa insiste na exigência de base jurídica apropriada precedente ao uso das técnicas especiais de investigação (TIES), que também deverá estabelecer “a admissibilidade das fontes de prova obtidas desse modo e a sua validade probatória”.⁶⁰

Em síntese é possível afirmar que a expansão dos métodos ocultos de investigação, com seu potencial de eliminação das barreiras à privacidade, provoca reativamente a configuração de defesas jurídicas de proteção do âmbito essencial de configuração da vida privada que se constituem a partir de uma dimensão de dependência recíproca entre legalidade e reserva de jurisdição.⁶¹

O fenômeno é incrementado com o processo em curso de conversão do formato das provas, que com frequência cada vez maior transforma-se em provas digitais.

the pirate asked by Alexander the Great, “How dare you molest the sea?” The pirate replied, “How dare you molest the whole world? Because I do it with a little ship only, I am called a thief; you, doing it with a great navy, are called an Emperor”. CHOMSKY, Noam. *Is Edward J. Snowden Aboard This Plane?* Disponível em <<http://truth-out.org/opinion/item/17923-is-edward-j-snowden-aboard-this-plane>>. Consultado em 06 de agosto de 2013.

58. LEZERTUA, Manuel. *Terrorismo y medios...*, obra citada, p. 459.

59. *Ibidem*, p. 463.

60. *Ibidem*, p. 464. Na mesma linha segue a Convenção de Budapeste (2001). *Ibidem*, p. 468, 477-478.

61. Sobre a “reserva de jurisdição” relativamente aos provimentos cautelares que têm por objeto bens jurídicos tutelados pela Constituição, no direito italiano: BRAZZI, Massimo. *La difesa dell’indagato nella fase precautelare*. Milano: Giuffrè, 2012. p. 7; TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*. 13. ed. Milano: Giuffrè, 2012. p. 411. Também, relativamente ao direito brasileiro: VILARES, Fernanda Regina. *Processo penal: reserva de jurisdição e CPIs*. São Paulo: Onixjur, 2012.

A convergência entre emprego de métodos ocultos, por meio de TIES que utilizam suporte digital ou eletrônico reclama adequada compreensão quanto ao cabimento – forma e conteúdo – da cadeia de custódia das provas nesse cenário.

Alguns Estados preocupados com as determinadas manifestações da criminalidade, as necessidades da investigação e a tutela das funções de cognição e garantia do processo modificaram suas legislações atentos ao caráter manipulável das *provas eletrônicas*.

Para não cansar o leitor registro apenas o tratamento conferido pelo Código de Processo Penal Italiano à busca e apreensão de provas digitais e, logo em seguida, uma série significativa de recomendações equivalentes, constantes de protocolos de conduta do Departamento de Justiça Norte-Americano.⁶²

Sublinha, com efeito, Mario Chiavario que a Constituição italiana (artigo 13) requisita significativos cuidados relativamente às buscas e apreensões, algo que se potencializa na hipótese de as medidas visarem dispositivos e programas informáticos. Ressaltam os textos infra, da pena de Chiavario:

“12.3. – La disciplina dei due mezzi di ricerca della prova di cui si tratta deve ovviamente fare i conti con la *rilevanza costituzionale* della tematica, testualmente sottolineata, per quanto concerne le ispezioni e le perquisizioni personali, dall’art. 13 c. 2 e 3 Cost. (*rivederli con molta attenzione*), e, per quanto concerne le ispezioni e le perquisizioni locali – quantomeno nella misura in cui esse si caratterizzino come domiciliari –, dall’art. 14 c. 2 Cost. (*vederlo a sua volta con molta attenzione*).⁶³

(...)

Anche a questo proposito ci si è d'altronde preoccupati della tutela contro la *criminalità informatica* così da inserire nell’art. 354 c. 2 Cpp un riferimento ‘ai dati, alle informazioni e ai programmi informatici o ai sistemi informatici o telematici’, in relazione ai quali ‘gli ufficiali della polizia giudiziaria adottano, altresì, le misure tecniche o impartiscono le prescrizioni necessarie ad assicurarne la conservazione e ad impedirne l’alterazione e l’accesso e provvedono, ove possibile, alla loro immediata duplicazione su adeguati supporti, mediante una procedura che assicuri la conformità della copia all’originale e la sua immodificabilità’ [Pure quest’inserzione è dovuta alla l. 48/2008].⁶⁴

O Professor de Turim sublinha a necessidade de observar que a lei italiana n. 48, de 2008, alterou o Código de Processo Penal, em reverência à Convenção de Budapeste (2001) e à Recomendação n. 10, de 2005, do Conselho da Europa.

62. Sem embargo, sugiro a leitura de interessante Manual mexicano sobre a cadeia de custódia das provas. ANDRÉS CÁMPOLI, Gabriel. *Manual básico de cateo y aseguramiento de evidencia digital*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2006. p. 21-28.

63. CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale: profilo istituzionale*. Quinta edizione. Torino: UTET Giuridica, 2013. p. 382-383.

64. *Ibidem*, p. 383-384.

referidas, justamente para ajustar o procedimento probatório cautelar ao propósito de reduzir ao máximo o risco de afetação dos elementos probatórios de natureza digital.⁶⁵ Dispõe, com efeito, o artigo 247 do Código de Processo Penal da Itália:

“247. *Casi e forme delle perquisizioni.* –

1. Quando vi è fondato motivo di ritenere che taluno occulti sulla persona il corpo del reato o cose pertinenti al reato, è disposta perquisizione personale. Quando vi è fondato motivo di ritenere che tali cose si trovino in un determinato luogo ovvero che in esso possa eseguirsi l’arresto dell’imputato o dell’evaso, è disposta perquisizione locale.

1-bis. Quando vi è fondato motivo di ritenere che dati, informazioni, programmi informatici o tracce comunque pertinenti al reato si trovino in un sistema informatico o telematico, ancorché protetto da misure di sicurezza, ne è disposta la perquisizione, adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l’alterazione. [comma inserito dall’art. 8, comma 2, della L. 18 mar. 2008, n. 48].

2. La perquisizione è disposta con decreto motivato.

3. L’autorità giudiziaria può procedere personalmente ovvero disporre che fatto sia compiuto da ufficiali di polizia giudiziaria delegati con lo stesso decreto.”⁶⁶

Como mencionado, vale registrar que nos Estados Unidos da América a percepção dos riscos inerentes à manipulação de dispositivos digitais há bastante tempo obriga todas as autoridades (federais, estaduais ou municipais) encarregadas da apreensão e arrecadação de bens dessa natureza a adotar mecanismos escrupulosos dirigidos à preservação da integridade do material alvo da providência cautelar.

Assim, por exemplo, o guia de atuação relativamente a evidências eletrônicas dispõe:

“Capítulo 3. Segurança e avaliação da cena.

A primeira consideração que o oficial que tem o primeiro contato com a evidência deve realizar é manter a segurança do oficial e de todos os presentes na cena do crime. Todas as ações e atividades com relação à cena devem estar em acordo com a política do departamento assim como da política Federal, Estadual, e de leis locais.

Após realizar a segurança da cena e de todas as pessoas presentes na cena, o oficial que prestar o primeiro contato deve identificar visualmente todas as potenciais evidências e garantir que a integridade tanto das evidências tradicionais como das digitais sejam preservadas. Evidências digitais em computadores e em outros dispositivos eletrônicos podem facilmente ser alteradas, apagadas, ou destruídas. O oficial que tem o primeiro contato com a cena

65. *Ibidem*, p. 464. LEZERTUA, Manuel. Terrorismo y medios..., 466, 477-578.

66. Art. 247 do “Codice di Procedura Penale d’Italia”.

deve documentar, fotografar e manter a segurança das evidências digitais tão logo seja possível na cena.

Quanto à segurança e avaliação da cena, o oficial que tiver o primeiro contato deve:

- Seguir a política do departamento relativa à segurança da cena do crime.
- Colocar em segurança imediatamente *todos* os dispositivos eletrônicos, incluindo dispositivos pessoais ou portáteis.
- Assegurar que nenhuma pessoa não autorizada tenha acesso a nenhum dispositivo eletrônico da cena do crime.
- Refutar ofertas de ajuda ou assistência técnica vindas de pessoas não autorizadas.
- Remover todas as pessoas da cena do crime ou das imediações de onde as evidências estejam sendo coletadas.
- Assegurar que as condições de todos os equipamentos eletrônicos não sejam alteradas.
- Mantenha o computador ou dispositivo eletrônico desligado, caso esteja desligado.

Atenção: Componentes como teclados, mouse do computador, dispositivos externos de memória ou outros itens podem conter evidências latentes, como impressões digitais, DNA, ou outra evidência física que deve ser preservada. Oficiais que realizam o primeiro contato na cena devem seguir apropriadamente os passos para assegurar que as evidências físicas não sejam comprometidas durante a documentação.

Se um computador está ligado ou o status de energia não pode ser determinado, o oficial que realizar o primeiro contato com a cena deve:

- Observar e escutar buscando informações que indiquem que o computador está ligado. Busque escutar se estão presentes o som dos ventiladores, *drives spinings*, ou cheque para ver se está presente a luz emitida pelos diodos (LEDs).
- Cheque a tela de display buscando sinais que demonstrem que evidências digitais foram destruídas. Termos para serem pesquisadas podem ser "deletado", "formatado", "removido", "copiado", "movimentado", "cortado" ou "limpo".
- Busque indícios de que o computador pode ser acessado por um sistema de computador remoto ou outro dispositivo remoto.
- Busque por sinais de atividade ou processamento de comunicação com outros computadores ou usuários como janelas de mensagens instantâneas ou salas de bate-papo.
- Tome nota de todas as câmeras ou *webcams* e determine se elas estavam ativas.

O desenvolvimento da comunicação tem a ver com dispositivos e serviços digitais que prestam o papel em telefones, e veículos automotivos.

(...)
Entrevistas preliminares

O agente que presta o primeiro contato com todos os adultos relacionados ao caso deve obter o tempo exato em que ocorreu o crime.

Atenção: Ninguém deve tocar em nenhum dispositivo eletrônico da cena do crime.

Seguindo os procedimentos do Manual de Procedimentos Operacionais Federal, Estadual e Municipal, o agente deve obter o seguinte documento incluindo:

- Nome de todos os envolvidos
- Todas as informações pessoais
- Todos os acessos
- Propósito e uso
- Todas as senhas
- Qualquer aplicação
- Tipo de acesso
- Qualquer dispositivo
- O provedor de serviços
- Documentação
- Todas as contas
- Dispositivos de armazenamento
- Informações de acesso
- Restrições para acesso
- Todos os nomes
- Todos os programas
- Todas as informações

O desenvolvimento da tecnologia e a convergência das habilidades de comunicação tem a capacidade de relacionar desde o mais convencional dos dispositivos e serviços até computadores e a internet. É importante que o agente que prestar o primeiro atendimento fique atento a potenciais evidências digitais em telefones, gravadores digitais de vídeos, outros eletrodomésticos e veículos automóveis devido a rápida capacidade de modificar o ambiente.

(...)

Entrevistas preliminares

O agente que prestar o primeiro atendimento deve separar e identificar todos os adultos relacionados à cena do crime, gravar suas localizações no tempo exato em que surgiram na cena.

Atenção: Ninguém deve ser autorizado a acessar nenhum computador ou dispositivo eletrônico.

Seguindo os parâmetros das agências de polícia e da aplicabilidade Federal, Estadual e das Leis locais, o oficial que prestar o primeiro atendimento deve obter o máximo de informações possíveis dessas pessoas, incluindo:

- Nome de todos os usuários dos computadores e dispositivos.
- Todas as informações de uso dos computadores e da internet.
- Todos os acessos de login e nomes de usuários das contas.
- Propósito e usos dos computadores e dispositivos.
- Todas as senhas.
- Qualquer aplicação automática de uso.
- Tipo de acesso à internet.
- Qualquer dispositivo externo de memória.
- O provedor de acesso à internet.
- Documentação de instalação de *softwares*.
- Todas as contas de e-mails.
- Dispositivos de segurança em uso.
- Informações de contas de *web*.
- Restrições para acesso a arquivos locais.
- Todos os nomes para acessos a telas de mensagem instantânea.
- Todos os programas de destruição de dispositivos em uso.
- Todas as informações de internet relacionadas ao *MySpace*, *Facebook*, ou outra rede de interação social.

- Qualquer outra informação relevante.⁶⁷

O histórico de tutela das comunicações, nos Estados Unidos da América, igualmente revela a evolução gradual da proteção, que se inicia com o resguardo das comunicações telefônicas, em 1967/68, a partir da interpretação/aplicação da IV Emenda, à tutela das comunicações eletrônicas pelo estatuto denominado *Electronic Communications Privacy Act (ECPA)*, de 1986,⁶⁸ sempre ao fundamento de que o *Bill of Rights* reconhece que os cidadãos de uma democracia precisam de privacidade em âmbito referente às informações pessoais, em sua casa, relativamente a documentos e nas demais projeções da intimidade.⁶⁹

A execução das medidas cautelares é objeto de rigoroso controle no âmbito da legalidade.

Com efeito, o controle de legalidade se estende à execução concreta das medidas deferidas judicialmente, não podendo ficar restrito ao exclusivo exame da legalidade da própria decisão.

Afinal, a especial exigência de conteúdo que revela a vinculação do legislador aos direitos fundamentais, cobrando-lhe satisfação sobre a maneira como concretamente será afetado o direito durante uma investigação criminal, presume que, ainda que a decisão judicial esteja formalmente correta, a execução da medida possa descambar para abusos ou ocultar interesses reprováveis por trás de um pronunciamento judicial legítimo.⁷⁰

67. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE OFFICE OF JUSTICE. *Electronic Crime Scene Investigation: A Guide for First Responders*. Second Edition. Programs National Institute of Justice. Disponível em: <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/219941.pdf>>. Consultado em 20 de fevereiro de 2015. Tradução livre. A primeira edição do guia ressaltava, também, que a adoção dos mencionados cuidados era essencial para não alterar os dados arquivados no dispositivo: "Note: Movement of a computer system while the system is running may cause changes to system data. Therefore, the system should not be moved until it has been safely powered down as described in chapter 5." Disponível em: <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/187736.pdf>>. Consultado em 20 de fevereiro de 2015. p. 28.

68. <<https://www.cdt.org/issue/wiretap-ecpa>> e <<http://www.it.ojp.gov/default.aspx?area=privacy&page=1285>>. Consultados em 12 de outubro de 2012.

69. <<http://www.aclu.org/technology-and-liberty/modernizing-electronic-communications-privacy-act-ecpa>>. Consultado em 12 de outubro de 2012.

70. Ao julgar o Mandado de Segurança impetrado em face do Ministro de Estado de Justiça (MS 18.800/DF – Primeira Seção – STJ – rel. Ministra Eliana Calmon, j. 11.09.2013) o STJ reconheceu a ilicitude da prática da chamada "barriga de aluguel". Trata-se de técnica por meio da qual o investigador acrescenta, indevidamente, ao rol das linhas telefônicas cuja interceptação pretende, número de telefone estranho à investigação. A frequência do emprego da providência ilícita levou o deputado Nelson Pellegrino (PT-BA) a sugerir no âmbito da CPI das Escutas Telefônicas criação de preceito dispositivo que relacionasse a decisão judicial a cada linha a ser monitorada. Publicado pelo Consultor Jurídico. Policial é demitida por incluir telefone em grampo. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-out-01/policial-demitida-incluir-telefone-interesse-particular-grampo>>. Consultado em 07 de outubro de 2013.

As TIES (“técnicas especiais de investigação”), entre elas a apreensão e exame de equipamentos de informática e processamento de dados, vigilância contínua, interceptações acústicas e telefônicas, são “meios de investigação de prova” dispostos à descoberta e recolhimento das fontes de prova, como leciona Marcio Geraldo.⁷¹

Ademais, a nova “subjetividade digital”, em que estão inseridos os métodos ocultos de prova, igualmente tem potencial de levar a substituição da convicção pela crença injustificada.

Essa diferenciação entre meios de investigação e meios de prova, no entanto, sofre a pressão das agências responsáveis pela repressão penal, que atuam a partir de uma subjetividade dirigida a construir discursivamente a verdade sobre os fatos no processo criminal valendo-se das evidências que são obtidas através dos meios de investigação.

A tendência dominante no âmbito das agências encarregadas de reprimir as infrações penais consiste em dissipar a diferença entre os citados meios. A rigor neste plano a distinção, por exemplo, entre a informação obtida por meio da interceptação telefônica colhida unilateralmente, em um contexto de supressão do *nemo tenetur*, e outros elementos informativos filtrados pelo contraditório judicial consistiria no fato de a primeira ser em tese de qualidade epistêmica superior.

Esse raciocínio resulta do fato de que, no campo dos métodos ocultos de investigação, as inovações tecnológicas introduzidas parecerem capazes de realizar os objetivos perseguidos pela filosofia da consciência: assegurar o acesso à realidade como objeto autônomo de conhecimento, totalmente desvinculado do sujeito. Algo como ter acesso “à verdade como ela é”, “à verdade real” ou ao “fato puro”.

Por este ângulo equivocado o contraditório judicial seria motivo de contaminação da “verdade”, veículo de impurezas destinadas a assegurar a impunidade do agente.

Elementos desconhecidos pela tradicional dogmática processual, relativamente aos suportes das informações pesquisadas pelas agências de segurança, sugerem, no entanto, uma série de questões relacionadas à subjetividade que se forma neste contexto e que disputa a configuração de novos marcos de referências para a decisão penal.

Sem dúvida, a sociedade transforma-se cotidianamente em velocidade incrível e essa transformação é impulsionada pela extraordinária revolução que as tecnologias de comunicação e informação proporcionam.

71. Sobre o tema e a classificação: ARANTES FILHO, Marcio Geraldo. *A interceptação da comunicação entre pessoas presentes*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 29-30.

Isso toca em quadros mentais, nas formas como nos acostumamos a interpretar o mundo em que vivemos e estabelecer relações com as outras pessoas. À nossa representação do mundo chamamos “subjetividade”.

O ser humano comunica-se permanentemente. Esta é uma exigência para viver. É inevitável e incontornável.

A concepção pragmático-sistêmica aposta no paradigma funcional estruturalista, confiando ao Direito, embora não exclusivamente, a função de estabilizador das expectativas, especialmente em uma sociedade que não tem como abdicar dos riscos que são inerentes ao desenvolvimento mesmo dela própria.

Paradoxalmente, as novas modalidades tecnológicas – que incrementam os riscos – subvertem as nossas expectativas e instabilizam nossos quadros mentais, que se tornam carentes de segurança. Há razões para as mudanças impactarem a nossa subjetividade.

Nas palavras de Michel Cartier:

“As forças da mudança a implementar são difíceis de gerir, não só por serem novas, mas também por operarem à escala planetária e porque o seu dinamismo de subversão as faz prevalecer sobre as perspectivas de estabilização.”⁷²

Conceitos como lugar e tempo sofrem abalo. Indaga-se sobre um tempo “atemporal”, que resulta das mudanças que experimentamos nós mesmos, por causa da tecnologia.

Manuel Castells salienta que se organizamos a nossa vida em torno de unidades de tempo (calendário, relógio etc.), com limites cronológicos definidos e atividades ordenadas em espaços separados (escola, trabalho, lazer etc.), medidos e intercalados com base nas referidas unidades, a transformação proporcionada especialmente pela inovação tecnológica e pelas redes, altera os regimes temporais e cria a ilusão da simultaneidade⁷³ ou de uma simultaneidade perene.

Em virtude dos processos de inovação tecnológica, que impulsionam a formação de infraestruturas de comunicação, em escala global, os padrões de coexistência são tão transformados quanto os padrões econômicos, que passam a operar em um nível de economias espaciais de sinergia.

72. CARTIER, Michel. Apresentação. In: HARVEY, Pierre-Léonard. *Ciberespaço e comunautica: apropriação, redes e grupos virtuais*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 14.

73. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Vol. 1, 14. impressão. São Paulo: Paz e Terra, 2011. Também sobre o tema e a criação da Internet: BURKE, Peter. *Uma história social do conhecimento – II: Da Enciclopédia à Wikipedia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 328-334.

A Internet, por exemplo, no dizer de Castells, passa a ser “o tecido de nossas vidas”,⁷⁴ com a até pouco tempo inimaginável capacidade de “distribuir a força da informação por todo o domínio da atividade humana”.⁷⁵

As redes que se formam neste âmbito têm desempenhado papel decisivo na renovada configuração de nossa noção de espaço. É também de Castells a definição de rede:

“Uma rede é um conjunto de nós interconectados. A formação de redes é uma prática humana muito antiga, mas as redes ganharam vida nova em nosso tempo transformando-se em redes de informação energizadas pela Internet.”⁷⁶

A estrutura das redes possibilita novas formas de organização econômica, que prescindem da presença física para várias das etapas produtivas e mesmo para a tomada de decisões, em uma combinação sem precedentes de flexibilidade, coordenação e execução descentralizada das decisões, quer sejam empresariais, governamentais ou de outra natureza.⁷⁷

Como disse Agnes Heller: “o homem nasce já inserido em sua cotidianidade”.⁷⁸ E o cotidiano dos que hoje ocupam cargos de decisão em sua maioria é formado pelo resultado de circunstâncias de vida que combinam, em medida desigual, as experiências e tradições desse nosso tempo.

A isso se soma o risco e, principalmente, aquele tipo de risco que está igualmente associado à ideia de globalização e que surge para a sociedade no mesmo nível ou, para manter a metáfora, conforme à mesma frequência “planetária”.

Vale lembrar que neste âmbito o risco é compreendido, segundo Ulrich Beck, como antecipação da catástrofe.⁷⁹

E este autor bem situa a situação paradoxal que conforma o cenário de decisões como a da validade do emprego de métodos ocultos de investigação que descendem das novas tecnologias:

“En un mundo interconectado por las tecnologías de la comunicación, todos (individuos, grupos étnicos y religiosos, pueblos) tenemos por primera vez en la historia un presente común: todos nos hemos convertido en vecinos

74. CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 7.

75. *Ibidem*.

76. *Ibidem*.

77. *Ibidem*, p. 8. Sobre o emprego das novas tecnologias em âmbito governamental e, em particular, nas atividades do Poder Judiciário: ROVER, Aires José (ed.). *Inclusão digital e governo eletrônico*. Zaragoza: Prensas Universitarias, 2008.

78. HELLER, Agnes. *O cotidiano e a História*. São Paulo: Paz e Terra, 2008. p. 33. As novas gerações por certo estarão em melhores condições de adaptação em face desta realidade.

79. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida*. Barcelona: Paidós, 2008. p. 103.

risco dificulta o reconhecimento de que às novas estruturas devem corresponder novos regimes jurídicos.

Assim, os métodos ocultos de investigação com ancoragem nas inovações tecnológicas não configuram apenas novos suportes comunicacionais, mas insti-tuem uma original subjetividade, desafia algo mais que os conhecidos cuidados com a autenticidade de informações registradas em suporte físico, para ficar na questão mais elementar da fiabilidade probatória.

Apoiados no discurso da catástrofe iminente, que é similar ao que Schmitt sustentava na recuperação das teses sobre direito penal do inimigo, e contando com a conformação de quadros mentais que conferem à imagem e som o atributo de correspondente à “verdade absoluta”, se não, de “espelho fiel da realidade”, os métodos ocultos são usados em escala cada vez mais ampliada e as agências de repressão verbalizam as supostas qualidades epistêmicas como antídoto contra toda tentativa de enquadramento jurídico das citadas técnicas.

Promove-se a adoção destes meios de investigação da prova na maioria das vezes subtraída à audiência da parte contrária, para em tese assegurar a “sinceridade” das informações que serão coletadas. Ao fim, o que seria o ponto de partida para a colheita de meios de prova das infrações penais transforma-se em discurso eloquente acerca da existência da infração e demonstração de sua autoria e o contraditório é remetido ao debate do significado das imagens e sons.

O “meio”, a mídia que abriga os arquivos digitais, cuja decodificação e transmissão produzem o som e a imagem, tende a ser colocado acima do debate, em uma espécie de consenso irreal acerca de sua infalibilidade e correção.

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

Está claro que, como tais, os meios de obtenção de prova definem-se como “instrumentos de que se serve a autoridade judiciária para descobrir e assegurar ao processo coisas, traços, documentos ou qualquer outro elemento útil para provar os fatos que se referem à imputação, à punibilidade e à determinação da pena”.⁸²

82. SIRACUSANO, Delfino, *apud* ARANTES FILHO, Marcio Geraldo. A interceptação..., obra citada, p. 30. Em verdade, o modelo acusatório de processo atribui às partes a tarefa de recolhimento de fontes de prova, com apoio das autoridades encarregadas da instrução preliminar (no Brasil, relativamente ao inquérito policial, o dever de investigar a notícia crime é da autoridade policial). Em um processo de estrutura acusatória cumpre ao juiz “filtrar” o material indiciário apresentado pelas partes no momento de avaliar se a acusação deve ou não ser admitida, bem como decidir sobre requerimento de medidas que possam afetar os direitos individuais dos interessados.

As partes preparam-se para estar em juízo e demonstrar as suas alegações com auxílio dos meios de investigação de prova. Porém estes meios, sublinha Marcio Geraldo, “não são, por si só, instrumentos de convencimento. Servem à prova, mas não ao juízo”.⁸³

As TIES constituem providências cautelares porque objetivam colher informações relevantes acerca da existência de meios de prova dos fatos penalmente relevantes,⁸⁴ protegendo-os contra o risco de desaparecimento em virtude do fator tempo.

Não se deve esquecer do caráter de intromissão na privacidade, que é o signo peculiar das cautelares invasivas, a demandar reserva de lei proporcional, como reconheceu o Supremo Tribunal Federal⁸⁵ relativamente à interceptação telefônica.

Neste contexto, requisita-se do legislador previsão do adequado “procedimento probatório”, isto é, a definição dos meios de execução da medida, em particular levando-se em conta o alto grau de afetação dos bens jurídicos envolvidos, tendo sido este o principal motivo para a edição da Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013.

A exigência de fiscalização e controle configura o complemento indispensável ao regime de limitação dos direitos fundamentais,⁸⁶ e toma a forma da denominada “reserva de jurisdição”, que o direito brasileiro reconhece e acolhe.⁸⁷

A preservação das fontes de prova é concebida como remédio jurídico-processual contra o desequilíbrio inquisitório, caracterizado pela seleção e uso arbitrário de elementos pelas agências repressivas.

5.5 Os riscos que derivam da quebra da cadeia de custódia das provas relativamente aos métodos ocultos, as técnicas especiais de investigação (TIES) e as provas digitais

O emprego cada vez mais frequente de técnicas especiais de investigação tem refletido na base empírica que sustenta as acusações penais. O poder de convencimento destes elementos é incrementado quando se trata do juízo de admissibilidade das acusações, pois em geral o material reunido pelo Ministério Público ainda não foi submetido ao contraditório.

83. *Ibidem*.

84. *Ibidem*, p. 25, 27 e 58. PRADO, Geraldo. *Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 51.

85. *Habeas Corpus* 73.351/SP. rel. Min. Ilmar Galvão. Julgamento: 09.05.1996. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

86. PRADO, Geraldo. *Limite às Interceptações Telefônicas...*, obra citada, p. 25-27.

87. Sobre a “reserva de jurisdição”, ver nota de rodapé n. 279.

Cuida-se de evidências que resvalam para inferências probatórias, com significativo efeito no âmbito de subjetividade em que o juiz criminal se encontra inserido.

Por isso é muito importante salientar que se trata de evidências e são estas evidências que cobram o contraste com outros elementos informativos para sobreviverem ou sucumbirem, em qualquer caso revelando-se inferências significativas no processo decisório.

Cumpra sublinhar o equívoco metodológico consistente em separar as inferências, que dizem com o raciocínio probatório e são a sua conclusão, das provas e postular para aquelas, sem respaldo em provas, o *status* de suficiência para convencer o juiz e, principalmente, justificar a decisão.

A inferência probatória pode ser definida como o “raciocínio utilizado pelo tomador de decisão para justificar a determinação de uma questão de fato no tribunal” e “é formada por um conjunto de proposições, chamadas premissas, que são oferecidas como razões para dar suporte a uma conclusão”.⁸⁸

No âmbito do raciocínio probatório, a relação que se estabelece entre “hipóteses fáticas” e “informações probatórias” é definida como garantia.

É possível que se compreenda melhor a diferença entre inferências probatórias com e sem base epistêmica a partir da noção do que é o “provar” no campo jurídico e epistemológico.

De acordo com Daniel González Lagier, “provar um fato consiste em mostrar que, à luz das informações que possuímos, está justificado aceitar que esse fato tenha ocorrido”.⁸⁹

Trata-se de um tipo de raciocínio com vários elementos nos quais se destaca a relação entre o fato que se quer provar e os elementos de que nos valem para isso: no campo epistêmico a esse raciocínio denomina-se “inferência probatória”.

A conexão entre o fato que se quer provar e os elementos de que nos valem para isso é de diferentes tipos, que por sua vez variam conforme seu fundamento, finalidade e força.

Nem todas as inferências probatórias são epistêmicas, ou seja, nem todas compartilham uma base empírica como fundamento. Como foi mencionado no início, não raras vezes, o fundamento é de ordem normativa, justificado por sua finalidade de proteção de valores ou princípios (inferências probatórias normativas). Mas há regras lógicas e jurídicas a disciplinar as hipóteses e, no tocante às

88. MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. As Inferências Probatórias: Compromissos Epistêmicos, Normativos e Interpretativos. In: CUNHA, José Ricardo (org.) *Epistemologias Críticas do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

89. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Hechos y conceptos*. Disponível em <<http://www.uv.es/cefd/15/lagier.pdf>>. Consultado em 30 de abril de 2015. Tradução livre.

jurídicas, há uma hierarquia normativa que coloca em primeiro plano a presunção de inocência.

De toda maneira e feita a ressalva, ainda que sob o prisma do direito norte-americano e sob o regime da *law of evidence*, Taruffo alude à impropriedade de se filiar a uma concepção da prova inspirada em uma visão estritamente retórico-argumentativa. Se é inegável que podem ser rastreados “elementos de caráter retórico na estrutura dialética” do processo, não é verdade, ressalta o professor italiano, que no âmbito do *common law* a função da prova seja meramente “persuasiva”. Ao contrário, assume-se com a *law of evidence* que “a prova deve essencialmente servir ao conhecimento dos fatos”.⁹⁰

Por sua vez, salienta Rui Cunha Martins, professor e coordenador do Programa de Pós-Doutoramento em Democracia e Direitos Humanos da Universidade de Coimbra, que “diz-se *evidente* o que dispensa a prova”.⁹¹

Prossegue:

“Simulacro de auto-referencialidade, pretensão de justificação centrada em si mesmo, a evidência corresponde a uma satisfação demasiado rápido perante indicadores de mera plausibilidade. De alguma maneira a evidência instaura um *desamor do contraditório*.”⁹²

Conversas telefônicas que cogitam de práticas ilegais exercem sobre quem as escuta significativo efeito... a forte impressão de que contém toda a realidade, como se os fatos juridicamente relevantes pudessem ser reduzidos a uma unidade.⁹³

Elabora-se a *crença* no denominado caráter autorreferente das conversas. Quem as escuta, ainda que prevenido acerca da riqueza de meios tecnológicos existentes na atualidade, capazes de manipular e distorcer imagem e som, tende a crer no poder do que foi registrado e é dessa forma, ressalta Rui Cunha Martins, que a *crença* se instala no polo da convicção, que seria o seu oposto.

90. TARUFFO, Michele. *La prueba...*, obra citada, p. 353. A racionalidade argumentativa que preside a atividade probatória neste contexto alimenta-se de “esquemas de confirmação lógica elaborados no campo da prova [*evidence*] e inferência” a reclamar critérios racionais de valoração da prova em um marco de referência jurídica (*Ibidem*, p. 354 e 357). Neste sentido as provas configuram “técnica racional de confirmação de hipóteses” (*Ibidem*, p. 85), de sorte que a simples hipótese, que é conceituada como inferência, isoladamente não está dotada de suficiência probatória.

91. Rui Cunha Martins também é docente do Programa Interuniversitário Master in Contemporary Studies “Roads to Democracy” da Universidade de Coimbra.

92. MARTINS, Rui Cunha. A prova alucinada. In: *O ponto cego do direito: Brazilian lessons*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 3.

93. Sobre a não aceitação de uma concepção de fato juridicamente relevante reduzível a uma unidade: TARUFFO, Michele. *La prueba...*, obra citada, p. 113.

O processo p
política central de

No entanto,
sobre que a verda
absoluta à realida
geral repousa na
essados e produ

Requisita-s
probatórios que
tempo que e
cedora de crédito

Evitar a z
que se arma de
provas, porque
“devera” os p
pelas crenças,
formação da c

A convi
crença, há de
fim que deve
de flagração d
que as prova

Quando
fundidas e si
dade de natu
pantomina,
dominante

Em u
da notícia

Taru
exclusiva
mais gera

94. Bu
Aires: Dic

95. Fe
relevo no
compulsó
por meio
contra si
25.03.20

O processo penal vinculado à ideia de verdade, diz Binder, constitui opção política central de um poder judiciário republicano.⁹⁴

No entanto, Binder requisita o magistério de Luigi Ferrajoli para deixar claro que a verdade de que se trata não é aquela que corresponda de maneira absoluta à realidade, pois que isso é inalcançável. A legitimidade da intervenção penal repousa na verdade contingente, processual, fruto da participação dos interessados e produto respeitoso dos direitos fundamentais.

Requisita-se uma verdade fática verificável por meio de procedimentos probatórios que não elidam a liberdade moral e física das pessoas investigadas, tampouco que esteja sujeita a falsificações que lhe suprimam a qualidade de merecedora de crédito.⁹⁵

Evitar a zona de contágio da evidência é a tarefa epistêmica do processo, que se arma de instrumentos para filtrar a maior parte das pulsões devoradoras das provas, porque é disso que se trata a *evidência*: algo que, ao dispensar a prova, “devora” os procedimentos probatórios, que são substituídos inconscientemente pelas crenças, em aparência imunes às tentativas das partes influenciarem na formação da convicção do juiz.

A convicção judicial, situada teórica e idealmente no polo oposto ao da crença, há de ser o objetivo da atividade dos sujeitos durante a persecução penal, fim que deve ser alcançado e colocado sob proteção da *crença* para evitar que a deflagração do processo esteja estribada em um estado mental imaginário do juiz, que as provas produzidas pelas partes virtualmente não teriam condições de tocar.

Quando *crença* e *convicção* não estão em polos opostos, ao revés, estão fundidas e são um só estado mental, o processo deixa de ser necessário como entidade de natureza epistêmica e termina por constituir-se apenas em aparência, uma pantomina, perigosa farsa burlesca muitas vezes facilitada pelo aspecto narrativo dominante no direito.

Em um cenário de fusão de *crença* e *convicção*, para julgar bastaria o exame da notícia crime decorrente de auto de prisão em flagrante.

Taruffo adverte para esse risco, que está implícito na consideração de uma exclusiva “função ritual” atribuível ao processo, no âmbito de uma função social mais geral: tomando a função ritual como “marco de referência”, “as provas não

94. BINDER, Alberto. Prefácio. In: MORENO HOLMAN, Leonardo. *Teoría del caso*. Buenos Aires: Didot, 2012, p. 17.

95. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...*, obra citada, p. 48. Sobre a liberdade moral releva notar a posição prevalente no direito brasileiro de tutela contra a autoincriminação compulsória, que protege o indivíduo contra iniciativas do Poder Público ou de particulares, por meio de violência, grave ameaça ou mesmo astúcia, a ser constrangido a produzir provas contra si mesmo (HC 94.082-MC, rel. Min. Celso de Mello, j. 14.03.2008, publicado em 25.03.2008).

serviriam em absoluto para determinar os fatos... constituindo ritos análogos às representações sacras medievais, destinados a reforçar na opinião pública o convencimento de que o sistema processual implica e respeita valores positivos".⁹⁶

Consideração semelhante resulta em fundir, indevidamente, crença e convicção e assim permitir juízos condenatórios desprovidos da indispensável confirmação empírica.

Reitere-se que esta é a principal razão pela qual a ruptura deste círculo vicioso, pernicioso ao estado de direito, convoca o processo a ser uma entidade de natureza epistêmica.

Neste caso, os dispositivos probatórios funcionam como antídotos contra o caráter antirrepublicano das *crenças* que fundamentam decisões judiciais, quer de instauração do processo, quer de resolução da causa.

A cadeia de custódia da prova 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.

A constatação da quebra da cadeia de custódia das provas impõe a exclusão destas evidências dos procedimentos penais.

5.6 Sobre a inadmissibilidade da prova obtida por meio da violação da sua cadeia de custódia: tratamento de prova ilícita

Sem embargo das discussões remotas no direito anglo-americano sobre a ilicitude da prova e seus efeitos,⁹⁷ pode-se dizer que os precedentes que influíram no contemporâneo direito português, de onde o nosso foi buscar inspiração em 1988, relativamente ao tema da prova ilícita, remetem às decisões do BGH e da correspondente jurisprudência alemã, nos anos 60 do século XX.

Assim, em 14 de junho de 1960 o tribunal alemão decidiu que a gravação secreta de conversa com o suspeito não poderia ser utilizada, sem o consentimento do suspeito, como meio de prova.⁹⁸

Iniciava-se uma onda reativa às brutalidades do nazismo que tinha por norte a concepção de que o processo penal de um Estado de Direito não pode violar a dignidade da pessoa humana.

96. TARUFFO, Michele. *La prueba...*, obra citada, p. 81.

97. Por todos: LANGBEIN, John H. e outros. *History of the Common Law: the development of Anglo-American Legal Institutions*. Aspens: Walters Kluwer, 2009. p. 454-458. De lembrar que as primeiras decisões da Suprema Corte Americana sobre o tema remontam a 1886 (*Boyd vs US*). ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel. *La prueba ilícita penal: decadencia y extinción*. Jurisprudencia práctica comparada con EEUU. Málaga: Ley 57, 2013. p. 13.

98. CORREIA, João Conde. A distinção entre a prova proibida por violação dos direitos fundamentais e a prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial. *Revista do CEJ*, número especial, 1º semestre, n. 4. Coimbra: Almedina, 2006. p. 177.

Nos variados ordenamentos jurídicos crepitava a ideia de que a prova ilícita deveria ser repudiada como método de verificação da responsabilidade penal e variados fundamentos foram invocados em apoio à decisão política de não tolerar agressão à dignidade de qualquer indivíduo a pretexto de se descobrir a verdade sobre um fato delituoso.

Na Espanha, por exemplo, a presunção de inocência foi invocada como princípio reitor, do qual derivava a proibição da prova ilícita. Nas palavras de Mercedes Fernández López, “la jurisprudencia entiende también que la presunción de inocencia exige que la prueba se practique respetando todas las garantías procesales”, caracterizando-se a prova proibida pelo ato de se vulnerar um direito fundamental na sua aquisição.⁹⁹

Igualmente, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos conferiu trato rigoroso ao tema e definiu seis critérios incidentes aos casos de prova ilícita, que servem de parâmetro ao direito brasileiro – que em tese, como será visto, é ainda mais severo que os precedentemente citados – e que devem ser escrupulosamente observados.

São eles: a) a de exclusão de provas ilícitas na aplicação da garantia do direito ao processo equitativo; b) a exigência do direito a poder contraditar a prova produzida pela outra parte; c) a proscrição de procedimentos de investigação baseados na violência, na astúcia ou em engano; d) o exame conjunto das provas lícitas e ilícitas como método de comprovação da existência de um verdadeiro processo equitativo; e) a possibilidade de transgressão do direito ao processo equitativo pela adição de irregularidades sem virtualidade inválida de forma isolada; e f) em alguns casos, a subsanabilidade de defeitos produzidos em primeiro grau, em sede de recurso (destaque nosso).¹⁰⁰

Em Portugal tanto a Constituição de 1976 como o Código de Processo Penal trataram do tema no campo das nulidades, por força de literal disposição dos preceitos reguladores da matéria. Isso, no entanto, gerou forte reação no meio doutrinário, que tem postulado a autonomia técnica das proibições de prova a partir da ideia nuclear de que “num Estado de direito a descoberta da verdade não é um valor absoluto e as proibições de prova – ao interditar temas, meios e métodos ou simples possibilidades de valoração – apresentam-se como compreensíveis e claras limitações ao total esclarecimento daquela”.¹⁰¹

No caso jurídico que serviu de base ao livro o precedente português é enfatizado porque se sabe que as nulidades constituem técnicas destrutivas de efeitos de muito menor intensidade que aquelas que decorrem da inadmissibilidade jurídica

99. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel, 2005. p. 150-151.

100. RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis. *La confesión del imputado derivada de prueba ilícitamente obtenida*. Barcelona: Bosch, 2005. p. 25.

101. CORREIA, João Conde. A distinção entre a prova proibida por violação..., obra citada, p. 178 e, sobre a autonomia jurídica e dogmática, p. 176.

de determinado ato, que é o regime jurídico das provas ilícitas conforme a nossa Constituição.

Assim é que, se ambas as categorias integram o gênero específico da invalidade dos atos processuais, que é a “forma de qualificação de uma actividade processual penal, que exprime as desconformidades entre os actos praticados e as respectivas disposições legais”,¹⁰² a possibilidade de os atos nulos serem saneados enfraquece a função normativa de proteção que é da essência do processo penal.

O trânsito em julgado da sentença de mérito funciona como cláusula sanatória geral¹⁰³ e o resgate, ainda que provisório, do ato nulo, permitindo a subsistência de efeitos que em realidade são espúrios e indesejados pela ordem jurídica tem peso no processo concreto, pois obriga a parte a recorrer a medidas extremas que ora são veiculadas em procedimentos de curto fôlego probatório (*habeas corpus*), ora não elidem de imediato, pela mera propositura da ação, os citados efeitos perversos (revisão criminal), dada a solidez da coisa julgada.

O gênero da invalidade – cuja autonomia jurídica e dogmática é inegável no processo penal brasileiro¹⁰⁴ – congrega espécies que se dividem quanto à pluralidade de tratamentos relativamente aos efeitos destrutivos do ato inválido e ainda quanto às consequências, dada a variedade dos níveis de imperfeição.

A existência (ou não) e o nível de operatividade dos mecanismos de supressão dos efeitos perversos ou indesejados do ato imperfeito podem fazer toda a diferença à hora da permanência e exequibilidade de uma decisão de mérito no processo penal, com a estabilização provisória de seus efeitos (da decisão de mérito – eventualmente de condenação do acusado) a desafiar ações autônomas de impugnação.

Por isso no campo das proibições de prova, marcadas pelo valor superior da dignidade da pessoa humana, a tendência dos ordenamentos jurídicos é de não se contentar com o regime das nulidades.

A matéria está circunscrita ao âmbito mais rigoroso da “admissibilidade/inadmissibilidade”, que interdita a valoração da prova e exige a sua exclusão do processo, como expressamente ordenado na reforma processual de 2008, que modificou o art. 157 do CPP.¹⁰⁵

Salienta Correia:

102. CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*. Coimbra, 1999, p. 102.

103. GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 31.

104. *Ibidem*, p. 17-20; BINDER, Alberto. *O descumprimento das formas processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

105. “São inadmissíveis no processo, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (grifo nosso).

“De facto, trata-se de vícios de gravidade excepcional, que podem aniquilar por completo os mais elementares direitos individuais e que, por isso, reclamam uma resposta exemplar, já no seu poder destrutivo, já na sua forma de actuação e manifestação. Basta pensar em provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa à integridade física e em muitas outras, tornadas possíveis pelas novas tecnologias e não menos ofensivas da dignidade humana, para compreender a necessidade de respostas enérgicas, capazes de afastar eventuais tentações.”¹⁰⁶

Este o fundamento da eleição constitucional brasileira pela “inadmissibilidade”, em seu art. 5º, inc. LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Neste caso, dada a gravidade do próprio ato imperfeito, Gomes Filho sublinha que a admissibilidade requisita o exame *prévio*, antecipado, da questão pertinente à tipicidade do ato.¹⁰⁷ Este exame não deve ser postergado justamente porque enquanto o ato produz os seus efeitos perdura a lesão aos direitos fundamentais de alguém,¹⁰⁸ como ocorre neste caso.

O direito italiano sanciona com a “inutilizzabilità” a prova ilegitimamente adquirida (art. 191 do CPP italiano), tratando-se, por evidente, de um mecanismo de destruição de efeitos.

Ainda assim, cabe reforçar que o direito processual brasileiro, sob os rigores da CR, é mais restritivo que o italiano, prevendo uma verdadeira barreira à prova ilícita, ao que corresponde o dever do juiz ou tribunal de não protelar o julgamento sobre a ilicitude da prova, que se for reconhecida não admite sanção.

Como ressalta Correia, “a verdade material não pode conseguir-se a qualquer preço; há limites decorrentes do dever de respeito pela integridade moral e física das pessoas; há limites impostos pela inviolabilidade da vida privada, do domicílio, da correspondência e das telecomunicações, que só nas condições previstas nas leis podem ser transpostos”.¹⁰⁹

Bacigalupo lembra que a responsabilidade por manter a investigação criminal nos trilhos do Estado de Direito é da jurisdição, que em um ambiente de

106. CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise...*, obra citada, p. 109.

107. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 93-95.

108. Sob o mesmo prisma: OLIVEIRA, Luís Pedro Martins. Da autonomia do regime das proibições de prova. In: BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa (coord.). *Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 265.

109. CORREIA, João Conde. *A distinção entre a prova proibida por violação...*, obra citada, p. 179.

enfraquecida legalidade penal e desviadas funções processuais haverá de cumprir a tarefa de tutela dos direitos fundamentais que as Constituições lhes assinam.¹¹⁰

Compreende-se, portanto, o novo cenário constitucional e o tipo de cognição que se deve esperar do juiz em face das medidas cautelares que tocam em direitos fundamentais.

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

No caso que deu origem ao livro houve supressão de trechos enormes de dados comprovadamente eliminados de dispositivos digitais. Não foi demonstrada a cadeia de custódia dos elementos probatórios, tampouco justificada, satisfatoriamente, a supressão de dados. A autenticidade dos elementos probatórios ficou prejudicada. Com isso a impossibilidade prática de implementar o contraditório afetou a fiabilidade probatória destes mesmos elementos.

Enquanto o direito brasileiro não dispõe de regra específica sobre a cadeia de custódia das provas a consequência de sua violação há de ser retirada da constatação de que o contraditório, como condição de validade constitucional do ato processual, igualmente foi violado, tornando ilícita a prova remanescente.

Evidente que a especificidade das questões probatórias concernentes ao esquema da fiabilidade – a “prova sobre a prova” – demandam tratamento legal que também considere essa especificidade. No entanto, enquanto não houver regra a respeito, a violação do devido processo legal e do processo equitativo pela via da ruptura do contraditório por quebra da cadeia de custódia das provas implica em tratamento de ilicitude ao nível constitucional.

A contaminação gerada pela quebra da cadeia de custódia das provas tem assim, por ora, sua referência legal no art. 157 do CPP, que estabelece a inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, salvo quando houver rompimento do nexo de causalidade entre umas e outras, o que não é o caso.

O que se observou no caso concreto que deu origem ao livro é que a totalidade da atividade probatória desenvolvida pela acusação remontou à apreensão questionada, merecendo especial atenção o efeito à distância dessa ilicitude que funciona de forma distinta da tradicional prova ilícita por derivação dependente de uma relação de causalidade de ordem naturalística entre a prova cuja cadeia

110. BACIGALUPO, Enrique. Sobre la justicia y la seguridad jurídica en Derecho Penal. In: *Hacia el nuevo Derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2006. p. 71.

de custódia foi violada e as provas posteriormente obtidas a partir daquela. Aqui ocorre o fenômeno jurídico da “imputação objetiva da ilicitude probatória”.

Assim é que no *corpus* teórico da prova ilícita, no que concerne à conexão de antijuridicidade normativa, na hipótese de prova oriunda de confissão ilegalmente obtida, o centro de gravidade é encontrado na “origem do conhecimento que leva à realização das perguntas que a posteriori dão pé a uma determinada conduta processual do acusado” e das partes.¹¹¹ O fato de o conteúdo das indagações dirigidas às provas tomar em conta conhecimentos subministrados pela prova ilícita é suficiente para determinar a existência do nexo de causalidade normativa da antijuridicidade da prova ilícita.

Sequer seria necessário ser assim. Bastaria a mera possibilidade para ter-se presente a imputação objetiva da ilicitude probatória.

No direito alemão, outra fonte de inspiração de nosso processo penal, Claus Roxin exemplifica com a decisão proferida pelo BGH, acerca do tema do direito/dever de informação qualificada.

O equivalente alemão ao nosso STJ decidiu que declarada a ilicitude de um interrogatório realizado sem a prévia informação ao acusado de que ele tem direito ao silêncio, o segundo interrogatório somente será considerado válido na hipótese de o acusado ser alertado quanto ao referido direito e, necessariamente, de que as declarações prestadas anteriormente, no ato declarado nulo, não existem mais e, portanto, não serão consideradas ou confrontadas com as que vier a prestar.

“A decisão em análise deve ser louvada em razão de, nos casos em que ocorre a omissão do dever de informar ao indiciado sobre seu direito de permanecer em silêncio durante o interrogatório (§136 I, 2 *Strafprozessordnung*, StPO), não exigir que no novo interrogatório seja realizado *tão-somente* esse esclarecimento. Além disso, nesse segundo interrogatório, deve ser adicionalmente informado que o depoimento realizado sem o cumprimento do *dever de informação simples* não poderá ser valorado (o chamado *dever de informação qualificada*).”¹¹²

O ponto ressaltado pela decisão do tribunal alemão, e comentado pelo jurista, consiste na eficácia do âmbito de proteção da norma que trata da vedação da prova ilícita. Este âmbito estaria afetado pela mera possibilidade de o acusado, temendo a especulação do tribunal de primeiro grau alemão por causa de declarações díspares, reiterar declarações (falsas ou verdadeiras, não interessa) que não prestaria originalmente se houvesse sido alertado do direito ao silêncio.

111. RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis. *La confesión del imputado derivada...*, obra citada, p. 73.

112. ROXIN, Claus. Por uma proibição de valorar a prova nos casos de omissão do dever de informação qualificada – reflexões sobre a decisão do 4º Senado do *Bundesgerichtshof*. In: LEITE, Alaor (org.). *Novos estudos de direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 214.

O jurista Alaor Leite sublinha isso ao comentar o artigo do Prof. alemão, nas notas do tradutor:

“O primeiro argumento contrário reside no fato de que o dever de informação se justifica para evitar a ocorrência de uma autoincriminação causada por desconhecimento do Direito. Esse desconhecimento do Direito ocorre não apenas quando o indiciado não é informado sobre seu direito ao silêncio e, em razão disso, supõe estar obrigado a prestar o depoimento, mas também quando o indiciado pensa que, se o depoimento anterior prestado sem o esclarecimento pode ser valorado em seu desfavor, de nada mais adianta fazer uso do silêncio no segundo interrogatório.

Poder-se-ia mesmo dizer que a omissão do dever de informação qualificada possui maior peso do que o simples não esclarecimento no primeiro interrogatório. Afinal, enquanto nesse segundo caso o indiciado que crê erroneamente estar obrigado a prestar o depoimento ainda possui a possibilidade de negar o fato ou descrevê-lo falsamente de modo a beneficiar-se, o indiciado diante do qual não é realizado o dever de informação *qualificada* pensa que o depoimento prestado anteriormente irá incriminá-lo, de forma que o silêncio ou a exposição de outra versão dos fatos já não fazem mais sentido, já que agora ‘nada mais pode ser feito, é tarde demais’. Seria então desejável que o BGH oferecesse alguma razão capaz de responder por que a violação do dever de informação *qualificada* possui menor peso do que a omissão da informação *simples*.¹¹³”

A causalidade naturalística própria da cadeia das provas ilícitas impede a avaliação das provas posteriores à declarada ilícita e impõe sua exclusão do processo (art. 157, § 1.º, do CPP). A causalidade normativa, que tem ainda maior peso relativamente à proteção que incumbe à proibição de prova ilícita, produz o mesmo efeito ao interditar o emprego dos conhecimentos obtidos pela prova ilícita para “interpretar” provas aparentemente produzidas sem uma filiação direta e imediata com a prova declarada ilícita.

O princípio à base dos exemplos da confissão ilegal e da prova obtida com quebra da cadeia de custódia é o mesmo.

Vale sublinhar, por fim, que a tradição de controle da ilicitude probatória tem o mérito de incorporar um “efeito dissuasório” – *deterrent effect* – que serve de desestímulo às agências repressivas quanto à tentação de recorrerem a práticas ilegais para obter a punição.

Esta posição de rigor contra as ilicitudes probatórias tem pautado a atuação de nossos tribunais superiores.

113. ROXIN, Claus. Por uma proibição de valorar..., obra citada, p. 217.

No julgamento do HC 160.662-RJ,¹¹⁴ a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade acolheu a tese da cadeia de custódia e declarou a ilicitude da prova.

Por sua vez, ao julgar caso em que a infiltração da ilicitude probatória contaminou o processo em alto grau, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou primoroso precedente.¹¹⁵

Os contundentes e bem fundamentados votos da Ministra Assusete Magalhães, relatora do *habeas corpus*, e do Ministro Rogério Schietti, denotam a tendência do direito brasileiro de conferir concretude às garantias constitucionais em áreas sensíveis até bem pouco tempo intocadas por doutrina e jurisprudência.

Para empregar palavras de Pierre Bourdieu, isso não seria possível sem a lucidez epistemológica e a vigilância ética¹¹⁶ dos advogados que têm levado a tese ao tribunal, algo indispensável ao questionamento de uma “*libido sciendi*” tão evidentemente fora de lugar.¹¹⁷

A Justiça frequentemente começa com os advogados e defensores.

114. *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. Julgamento em 18 de fevereiro de 2014 (DJe 17.03.2014).

115. Ementa e trechos do voto condutor no: HC 149.250/SP. Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), rel. Min. Adilson Vieira Macabu. Impetrante: Andrei Zenkner Schmidt e outros. Julgamento em 07 de junho de 2011. DJe 05.09.2011.

116. BOURDIEU, Pierre. *O senso prático*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 12.

117. Além dos citados Fernando Fernandes e André Hespagnol é de justiça referir os nomes dos advogados Eduardo Toledo, José Carlos Cal Garcia e Henrique Pereira Baptista como pioneiros no debate da matéria nos tribunais brasileiros.