

# O DIREITO FUNDAMENTAL À ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL DA SENTENÇA CRIMINAL E O INSTITUTO PROCESSUAL DA CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS DIGITAIS

*THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE CONSTITUTIONAL ADEQUACY OF  
THE CRIMINAL SENTENCE AND THE PROCEDURAL INSTITUTE OF THE  
CHAIN OF CUSTODY OF DIGITAL EVIDENCE*

**José Francisco Dias da Costa Lyra<sup>1</sup>**

Professor do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito  
(URI, Santo Ângelo/RS, Brasil)

**Jhonathan Löwe<sup>2</sup>**

Pós-Graduado em Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Tributário e  
Processo Tributário (LLM) (FMP, Porto Alegre/RS, Brasil)

**ÁREA(S):** direito constitucional; processo penal.

**RESUMO:** O artigo aborda o instituto processual da cadeia de custódia, que se destina à preservação da prova, evitando a sua violação desde a perspectiva da existência de um verdadeiro direito fundamental à prolação de uma sentença criminal correta e justa. Assume – à partida – que a correta reprodução dos fatos históricos é imprescindível para

que sejam proferidas decisões corretas e à aspiração da justiça, mormente para se evitar condenações de inocentes. Para tanto, a prova pericial, que na atualidade é dotada de um protagonismo inédito, deve ser cuidadosamente preservada, o que passa pela cadeia de custódia: a contribuição do presente trabalho. Cuida-se de pesquisa que se ampara no método empírico e dedutivo, centrando sua análise na dogmática jurídica.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela UNISINOS. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *E-mail:* jfdclyra@tjrs.jus.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3248441957258684>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1952-3365>.

<sup>2</sup> Assessor Jurídico da Prefeitura de Giruá/RS. Advogado. *E-mail:* jlowe.adv@outlook.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9014318414808799>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3572-3765>.

**ABSTRACT:** *The article addresses the procedural institute of the chain of custody, which is intended for the preservation of evidence, avoiding its violation, from the perspective of the existence of a true fundamental right to the delivery of a correct and fair criminal sentence. It assumes, at the outset, that the correct reproduction of the historical facts of the facts is fundamental for the right decisions to be made, the aspiration of justice, particularly to avoid convictions of innocent sororities. To this end, the expert evidence, which is currently endorsed with an unprecedented role, must be carefully preserved, which goes through the chain of custody, the contribution of this work. Research is based on empirical and deductive method, focusing its analysis on legal dogmatics.*

**PALAVRAS-CHAVE:** direitos fundamentais processuais; devido processo legal; direito probatório; cadeia de custódia da prova penal.

**KEYWORDS:** *fundamental procedural rights; due process of law; evidence truth; chain of custody of criminal evidence.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O direito fundamental a uma decisão justa e a questão da gestão probatória; 2 O processo, a verdade e a atividade probatória; 3 A cadeia de custódia das provas digitais; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 The fundamental right to a fair decision and the question of evidential management; 2 The process, the truth and the evidential activity; 3 The chain of custody of digital evidence; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

A função do direito penal substantivo, que abarca o processo penal (o seu instrumento), nas sociedades modernas, é regular a convivência social pelo exercício do controle social formal, detendo a função de ordenar a vida em sociedade, garantindo a almejada pacificação social. Sob essa perspectiva, anota-se que os desafios que se depositam sobre o direito penal substantivo são imensos, porque os novos desenvolvimentos sociais, industriais, tecnológicos e das ciências sociais, peculiares a uma sociedade complexa e do risco, também importam em novas possibilidades delitivas, a saber: a criminalidade econômica (global) empresarial, os crimes relacionados à indústria farmacêutica, da produção

de alimentos, além dos delitos relacionados ao meio ambiente, ao patrimônio genético e ao correlato direito de transplantes<sup>3</sup>.

Efetivamente, o controle penal se vê envolto às novas exigências sociais, que remodelam formulações tradicionais do direito penal, sobretudo a lei instrumental. Veja-se, nesse particular, as recentes influências do pensamento anglo-americano, que vai desde a *flair trial*, passando pelos *standards* probatórios, até chegar à *plea bargaining*<sup>4</sup>, que alteram a índole formalista do processo, dotando-o de uma perspectiva consensual, revisando o sólido sistema formal<sup>5</sup> e garantista<sup>6</sup> que até pouco tempo imperava. Em tal movimento – premido por novas demandas sociais globais –, há revisão em postulados tradicionais, ocasionando, no âmbito do processo penal, tensões nos institutos probatórios e princípios, como a vedação da prova ilícita sobre o alcance do princípio do *nemo tenetur* e as novas tecnologias de vigilância (reconhecimento facial, vigilância com câmeras, interceptações e provas periciais, dentre outras tecnologias similares), bem como o deslocamento do protagonismo probatório para a fase investigativa ou pré-processual<sup>7</sup>.

Esse quadro sociológico de complexidade é o mote da presente investigação – centrada no instituto da cadeia de custódia, concebendo-a como fundamental à preservação da higidez da prova e prolação de decisões corretas, evitando-se, assim, o risco de sentenças injustas, bem como declarações de nulidades processuais por violações das provas, que também produzem efeitos nefastos na distribuição da justiça. Esse pode ser o fato de uma interceptação telefônica que não individualize e nomine os agentes que procederam às escutas, ou de

<sup>3</sup> ROXIN, C. La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro. In: ESER, A.; HASSEMER, W.; BURKHARDT, B. (org.). *La ciência del derecho penal ante el nuevo milênio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 389-421.

<sup>4</sup> GLOECKNER, R. J. *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

<sup>5</sup> ROXIN, C. La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro. In: ESER, A.; HASSEMER, W.; BURKHARDT, B. (org.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milênio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 398.

<sup>6</sup> Os fundamentos da concepção garantista do processo penal são dados, por todos (ver em FERRAJOLI, L. *Escritos sobre derecho penal: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*. Buenos Aires: Hammurabi, v. 3, 2018. p. 357 e ss.).

<sup>7</sup> ROXIN, C. La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro. In: ESER, A.; HASSEMER, W.; BURKHARDT, B. (org.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milênio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 392.

um material genético colhido no local do crime que não contenha nem o devido recibo da autoridade nem o informe de quem custodiou o material. Também pode ser o caso de a substância entorpecente chegar embrulhada em um saco de supermercado, fechado com um nó e desprovido de lacre, fato que fragiliza a pretensão acusatória, porque não se pode precisar, com segurança, que se trata da mesma substância apreendida quando da prisão do acusado (caso do *Habeas Corpus* nº 635.515, STJ). Quem pode garantir que não houve violação da prova? Ainda, veja-se o caso do celular apreendido do acusado de assassinato da vice-presidente argentina Cristina Kirchner, que não foi periciado, de forma imediata, por assistente técnico judicial em exame de cadeia de custódia, fato que levou à “contaminação” da prova.

Sob esse aspecto, não se pode perder de vista que o aparato punitivo estatal se propõe à realização da justiça, fato que passa pela correta aplicação da lei penal ao caso concreto: a justa composição do conflito. Logo, há uma íntima relação entre o processo penal e a exigência de justiça, porque a aplicação de uma sanção penal, considerando a gravidade da intervenção penal nos direitos fundamentais do transgressor, impõe estreita observância à legalidade e ao direito do Estado<sup>8</sup>. Ora, a paz e a segurança jurídica são vertentes da justiça – ao lado da igualdade e do bem comum –, reclamando uma *segurança do próprio direito*: que as decisões e os pressupostos da lei sejam estabelecidos de forma mais exata possível, sem violência e/ou arbitrariedades, garantindo-se elevado grau de segurança jurídica<sup>9</sup>. Nesse sentido, o acesso à justiça e o devido processo legal – enquanto direitos fundamentais do cidadão, no âmbito da aplicação da lei processual – apresentam-se como imperativo de justiça: a justa composição do conflito<sup>10</sup>. Com efeito, se ao Estado de Direito corresponde à fundamental função de conformar as estruturas de poder e organizar a sociedade, estabelecendo uma sociabilidade fundada no direito<sup>11</sup>, o processo

<sup>8</sup> COSTA, D. E. A. da. Justiça, verdade e prova penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 161, p. 187-225, nov. 2019. p. 187-225.

<sup>9</sup> KAUFMANN, A. *Filosofia do Direito*. 4. ed. Tradução: António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 281-282.

<sup>10</sup> A CF/1988 dispõe – no art. 5º, XXXV – que “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ora, no âmbito do processo penal, significa que o devido processo legal (processo justo) é um direito subjetivo do infrator, que somente poderá sofrer sanção penal desde que observados os princípios e as garantias constitucionais (BRASIL, 1988).

<sup>11</sup> CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 243 e ss.

penal se vincula – sobremaneira – à questão da verdade<sup>12</sup> – componente essencial da decisão e da segurança jurídica<sup>13</sup>.

Somente se pode predicar que houve a correta aplicação da lei penal quando a punição recai sobre a pessoa do culpado. O veredito condenatório ou absolutório deve estar fundado em pressupostos fáticos verdadeiros<sup>14</sup>. Nessa perspectiva – embora pare controvérsia acerca do significado da verdade (parecendo ser razoável substituir a denominada *verdade material* pela verdade processual, mantendo-se a ideia da verdade essencial meramente como tipo ideal regulativo do processo penal, já que, em termos ontológicos, é inatingível<sup>15</sup>) –, a correta aplicação do direito, sem sombra de dúvidas, é bastante influenciada pela atividade probatória e pela superação da índole inquisitiva do processo penal<sup>16</sup>. Assim, pode-se dizer que o moderno processo penal ainda é orientado pela verdade material, que não se veste mais de fundamentos metafísicos, senão que firma a premissa no sentido de que o julgador, dentro das limitações do conhecimento humano, sempre chegue o mais perto possível da correta reconstrução fática do ilícito penal.

Dessa forma, a questão da verdade e a existência de limites ao conhecimento humano trazem à tona o relevante debate sobre a questão probatória, na medida em que a prova é fundamental para a construção de

<sup>12</sup> Destaca-se que as denominadas *teorias da verdade*, especialmente a *teoria da correspondência* (o verdadeiro corresponde à realidade dos fatos, a algo objetivo e real), ou *teoria da coerência* (verdade atende à coerência de um enunciado com relação aos demais, em uma reconstrução histórica e coerente com o conjunto fático), não serão abordadas, no limite do presente trabalho. Todavia, razão assiste a Costa quando sustenta que a teoria da verdade (como um ideal regulativo, já que a verdade metafísica ou essencial não existe) que melhor se aperfeiçoa ao processo penal é a verdade como correspondência (COSTA, D. E. A. da. Justiça, verdade e prova penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 161, p. 187-225, nov. 2019. p. 192-194).

<sup>13</sup> Questão que passa pela superação da herança inquisitorial que informa o processo penal brasileiro, que, lentamente, recepciona o sistema acusatório como inspiração central de seu sistema processual. No ponto, de relevo a leitura de Khaled Jr. (2020a). De igual sorte, do mesmo autor: *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial* (KHALED JR., 2020b).

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 190-191.

<sup>15</sup> “A noção de *verdade real*, tão cara aos processualistas do passado, cambaleia no âmbito das teorias do conhecimento” (PRADO, G. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 21). Cf. também: KHALED JR., S. H. A produção analógica da verdade no processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 166-184, 2015.

<sup>16</sup> Ver COUTINHO, J. N. M.; DE PAULA, L. C.; SILVEIRA, M. A. N. da (org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil 1-2: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália*. Curitiba: Observatório de Mentalidade Inquisitória, 2019.

juízos verossímeis e corretos, cuidando também de um princípio de justiça<sup>17</sup>. A busca da verdade e a fiel reconstrução dos fatos – vital para a correção das decisões judiciais – não podem ser realizadas a qualquer modo e custo, devendo-se respeitar as garantias constitucionais: a dignidade e a liberdade do homem.

A questão probatória, na atual quadra tecnológica, marco em que as inovações concretizam, em muitas hipóteses, apenas habitou na seara da ficção (*e.g.*, a inserção da inteligência artificial em praticamente todas as atividades da vida humana – até mesmo adotando traços ínsitos ao homem, como a demonstração de sentimentos –, com profusão em espontânea crescente), assume um inédito protagonismo, dotando-se de especial relevância a questão de sua preservação, fato decisivo para um processo justo e constitucionalmente adequado. Gera-se, então, ao Estado de Direito o enfrentamento do inarredável desafio de dar condições (*know-how* e estrutura) ao seu aparato de persecução penal em poder extrair e precipuamente preservar, sem quaisquer violações, os índicos delitivos de crimes no âmbito digital, pena de inutilização delas, conforme orienta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>18</sup> e do Supremo Tribunal Federal, os quais, assertivamente, inferem ser direito do acusado, em homenagem aos princípios constitucionais da ampla defesa, o acesso à prova em seu teor integral e imutado<sup>19</sup>.

Para dar conta da investigação, o artigo sustenta – de início – que o processo penal é informado pelo princípio de que o direito a decisões corretas se constitui em um direito fundamental do acusado, porque se liga à dogmática dos direitos fundamentais e a um imperativo de justiça, o objetivo da prestação jurisdicional. Na sequência, é abordada a relação havida entre processo, prova e verdade, dialogando acerca do ciclo que referidas matizes nutrem, em que se cria verdadeira corrente de dependência, pois, ao objetivo que se prestam – a busca da justiça por meio da decisão judicial-penal –, ambas devem estar, imperativamente, presentes. Por derradeiro, analisa-se o novel instituto da

---

<sup>17</sup> Que tem provocado intenso debate entres os sistemas processuais na *common law* e sistemas europeus. Veja-se, nesse particular, BELTRÁN, J. F.; VÁSQUEZ, C. (ed.). *Debatiendo com Taruffo*. Madri: Marcial Pons, 2016.

<sup>18</sup> Ver *Habeas Corpus* nº 160.662/RJ (STJ, HC 160.662/RJ, Rel<sup>a</sup> Min. Assusete Magalhães, J. 18.02.2014. Brasília, DF. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864482320/habeas-corpus-hc-160662-rj-2010-0015360-8/inteiro-teor-864482321>. Acesso em: 7 jun. 2020).

<sup>19</sup> Consultar *Habeas Corpus* nº 214.908, STF; *Habeas Corpus* nº 160.662, STJ.

cadeia de custódia das provas, sendo este um mecanismo atuante em prol da justiça, da verdade e do processo, ou seja, é ferramenta necessária ao direito fundamental a uma decisão justa.

Trata-se de pesquisa dogmática, presidida pelo método analítico e dedutivo, partindo de premissas maiores e concluindo com a análise do instituto jurídico-processual hoje presente aos arts. 158 a 158-F do Código de Processo Penal.

## 1 O DIREITO FUNDAMENTAL A UMA DECISÃO JUSTA E A QUESTÃO DA GESTÃO PROBATÓRIA

O desiderato de obter uma decisão judicial justa ao fim da demanda é um imperativo da ordem constitucional vigente. Como, no processo penal, há uma dramática intromissão nos direitos de liberdade da pessoa, a sentença penal, como argumentação jurídica, deve assentar-se em fatos verdadeiros e corretos. Não é por outro motivo, portanto, que a ideia de um processo justo se aproxima do tema da prova e da necessidade de uma verdade mais próxima possível da realidade dos fatos<sup>20</sup>. Em definitiva, a avaliação da qualidade da sentença transita com o procedimento probatório e, sobretudo, com o respeito aos princípios fundamentais do Estado de Direito.

Para que aconteça uma sentença justa, ela não pode tomar por base presunções, indícios frágeis e contraditórios, muito menos provas precárias e nulas. Há, no ambiente processual, direitos fundamentais que são basilares ao devido processo legal: a Constituição consagra princípios constitucionais fundantes, ou seja, uma instrumentalidade garantista que deve ser observada, mormente quando se considera que o bloco formal do processo penal brasileiro, não obstante as recentes alterações e a declaração de voto de adoção ao sistema acusatório, ainda mantém sua inspiração inquisitorial herdada do *Código de Rocco*. Sob essa perspectiva, ainda se revela fundamental uma interpretação conforme a Constituição e sua pauta axiológica. O processo, na lição de Daniel Mitidiero, “só pode ser compreendido como o meio pelo qual se tutelam os direitos na dimensão da Constituição”<sup>21</sup>. No mesmo sentido, Klaus Tiedemann nos ensina que “a configuração e manipulação do direito processual penal

<sup>20</sup> Na lição de TARUFFO, M. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002. p. 520-521.

<sup>21</sup> MITIDIERO, D. Direito fundamental ao processo justo. *Revista Lex Magister de Direito Civil e Direito Processual Civil*, Porto Alegre, v. 8, n. 45, p. 22-34, nov./dez. 2011. p. 25.

refletem a compreensão constitucional e o *zeitgeist*”<sup>22-23</sup>. Na sua advertência, a relação entre cidadão e Estado – este exercendo o *ius puniendi* de acordo com o perfil de sua política criminal – havida no âmbito da apuração de um fato típico, ou seja, no processo penal, termina, por fim, em uma questão atinente ao direito constitucional<sup>24</sup>. O processo justo, respeitoso com o sistema de garantias constitucionais rumo à prolação de sentenças corretas, é um direito fundamental decorrente da concepção material do “devido processo legal”<sup>25</sup>.

## 1.1 O ENREDO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A ideia do *due process* surge da necessidade de se proteger os direitos de liberdade ante os poderes despóticos do monarca. Associa-se – pois – à noção de liberdade e legalidade, estabelecendo a cláusula constitucional, fundamental ao Estado de Direito, no sentido de que qualquer coação estatal que incida sobre bens ou liberdade do indivíduo seja mediada por um processo judicial, porque o processo é o instrumento adequado e proporcional para aplicação das leis penais<sup>26</sup>; qualquer intromissão ou intervenção em direitos de liberdade somente se afigura possível pelo processo definitivamente julgado. Tal mandamento decorre da Constituição e de seus princípios, isto é, da dogmática dos direitos fundamentais, que se traduzem em limitações importantes ao poder punitivo estatal, uma conquista do Estado contemporâneo<sup>27</sup>. Destaca-se que o princípio do devido processo legal possui duplo aspecto: no âmbito processual, significa o processo que garante o contraditório, a ampla defesa,

<sup>22</sup> “*Zeitgeist*” é um brocardo alemão que, em síntese, significa o sentimento contemporâneo, o atual estado de espírito em determinado contexto.

<sup>23</sup> TIEDEMANN, K. O direito processual penal. In: ROXIN, C.; ARZT, G.; TIEDEMANN, K. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 154-155.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> Há intenso debate acerca do termo “devido processo legal”, desde sua origem até sua função; não cabe a este ensaio fazer coro direto sobre a distinção entre devido processo legal substancial ou procedimental, ou se seria mais adequado falar em direito ao processo justo/*fair trial/giusto processo*, etc. Para análise mais detida sobre o tema, vale conferir: ÁVILA, H. B. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 163, p. 50-59, set. 2008, e MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

<sup>26</sup> Consultar CANOTILHO, J. J. G. et al. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 429.

<sup>27</sup> Conforme SILVA JÚNIOR, W. N. da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 412-413.

enfim, assegura a paridade de armas entre o Estado persecutor e a defesa do acusado, que merecem tratamento isonômico. Sob o aspecto material, diz respeito à necessidade de se observar a proporcionalidade, os direitos fundamentais plasmados na Constituição<sup>28</sup>.

O devido processo penal, especialmente na sua roupagem material, reclama que as leis sejam aplicadas por um julgador imparcial, de forma equânime. Ele deve firmar sua base nos princípios do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, da proibição das provas ilícitas, dentre outros: nos direitos fundamentais processuais encartados no art. 5º da Carta Política de 1988<sup>29-30</sup>. Nesse sentido, a lição do então Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Velloso, na ADIn 1.511-MC, quando assentou sobre a extensão do princípio do devido processo legal:

[...] a Constituição de 1988 consagra o devido processo legal nos seus dois aspectos, substantivo e processual, nos incisos LIV e LV do art. 5º, respectivamente. [...] *Due process of law*, com conteúdo substantivo – *substantive due process* – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexa com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, *due process of law*, com caráter processual – *procedural due process* – garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa.<sup>31</sup> (grifos do autor)

<sup>28</sup> Na lição de TAVARES, A. R. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 607-608.

<sup>29</sup> Art. 5º, LIV, da CFRB/1988: “Ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

<sup>30</sup> REICHEL, L. A. Direito ao processo justo e direitos fundamentais processuais. In: REICHEL, L. A.; DALL’ALBA, F. C. (org.). *Primeiras linhas de direito processual civil*. Teoria geral do processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 1, 2016.

<sup>31</sup> BRASIL. STF, ADIn 1511-MC/DF. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade. Requerentes: Partido Comunista do Brasil - PCdoB, Partido dos Trabalhadores - PT e Partido Democrático Trabalhista - PDT. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, J. 16.10.1996. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur14976/false>. Acesso em: 2 jun. 2020; BRASIL. STF, HC 96864, Relª Min. Cármen Lúcia, Red. do Ac. Min. Marco Aurélio. Paciente: Dorotil de Aparecida Lima da Cruz. Impaciente:

Dito princípio, que coordena a atuação dos poderes do Estado, vinculando o poder legislativo quando da efetividade ao cumprimento de seu dever de adequação<sup>32</sup> – da criação das normas legais –, abarca, sobremaneira, o Poder Judiciário, a instância de concreção do direito, que deve velar pela correta e justa aplicação da lei penal, chegando aos processos administrativos, garantindo, enfim, o *gap* normativo<sup>33</sup>. A intromissão na liberdade e nos bens do indivíduo somente pode ocorrer em observância ao devido processo legal ou processo formalizado<sup>34</sup>. Deve ele atender para a legislação e para os princípios constitucionais, muito especialmente aos direitos fundamentais processuais, presentes, em ampla maioria, no art. 5º da Carta Magna<sup>35</sup>, bem como na cláusula de abertura constitucional expressa no § 2º do referido artigo<sup>36</sup>.

Observa-se, por relevante, que os direitos fundamentais processuais se ligam – de forma destacada – com o tema dos sistemas processuais, isto é, com a ideologia ou valores que orientam, no global, o devido processo legal. Sob esse aspecto, a conformação política e teleológica (ou o reconhecimento ou não de determinados limites ao poder punitivo estatal) que se traduzem no sistema

---

Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF: 20 out. 2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2648329>. Acesso em: 2 jun. 2020.

<sup>32</sup> ÁVILA, H. B. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 163, p. 50-59, set. 2008. p. 51.

<sup>33</sup> MITIDIERO, D. Direito fundamental ao processo justo. *Revista Lex Magister de Direito Civil e Direito Processual Civil*, Porto Alegre, v. 8, n. 45, p. 22-34, nov./dez. 2011. p. 24.

<sup>34</sup> BRASIL. STF, ADIn 1511-MC/DF. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade. Requerentes: Partido Comunista do Brasil – PCdoB, Partido dos Trabalhadores – PT e Partido Democrático Trabalhista – PDT. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, J. 16.10.1996. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur14976/false>. Acesso em: 2 jun. 2020; BRASIL. STF, HC 96864, Relª Min. Cármen Lúcia, Red. do Ac. Min. Marco Aurélio. Paciente: Dorotil de Aparecida Lima da Cruz. Impaciente: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF: 20 out. 2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2648329>. Acesso em: 2 jun. 2020.

<sup>35</sup> Não há como deixar de mencionar – ainda – o inciso IX do art. 93 da Lei Maior, o qual onera os magistrados em fundamentar suas decisões, conforme se observa: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

<sup>36</sup> MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

processual são dependentes, sobretudo, do sistema penal adotado, fato que traz à tona o secular debate entre o sistema acusatório *versus* o inquisitivo<sup>37-38</sup>. Aquele – o acusatório – foi consagrado no atual Código de Processo Penal brasileiro e na Carta Política, enquanto este, o inquisitivo, é refutado e objeto de críticas, pelo fato de que ainda legitima um juiz parcial e partidário e, pois, parcial<sup>39</sup>, que se afasta do modelo da justiça adversarial – o compatível com a Constituição –, porque a produção ativa probatória cabe somente às partes. Ora, juízos imparciais e justos somente se tornam possíveis com o distanciamento do julgador da atividade probatória, mormente no que concerne a sua descoberta e busca<sup>40</sup>. Brindar o juiz com “poderes investigatórios é violar de morte a garantia da imparcialidade sobre a qual se estruturam o processo penal e o sistema acusatório”<sup>41</sup>; é ferir fatalmente o devido processo legal<sup>42</sup> e violar a Constituição<sup>43</sup>.

Em síntese, uma correta decisão judicial reclama a estrita observância a um processo formalizado respeitoso aos direitos fundamentais. A atuação judicial deve atentar para a razoabilidade ou proporcionalidade na função de aplicar a lei, que é encorpada com a faceta material dos princípios constitucionais processuais. Sob esse olhar, pode-se predicar que da garantia do devido processo legal – enquanto princípio constitucional síntese – é que derivam os

<sup>37</sup> TAVARES, J.; CASARA, R. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 108 e ss.

<sup>38</sup> Ver, por todos, ANDRADE, M. F. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2012.

<sup>39</sup> Na lição de LOPES JÚNIOR, A. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2009. p. 119 e ss.

<sup>40</sup> É plausível pensar que o princípio da inércia se mantém mesmo com a instauração da demanda – recebimento da denúncia – quando a pauta for produção de provas; de outra forma, não há que se pensar em impulso oficial para gerar provas no processo penal, ainda que o processo prime pela busca da verdade por meio da atividade recognitiva dos fatos históricos pelo juiz. Em alguns momentos, o processo penal dialoga mais efusivamente com o cível; todavia, nesse passo, não é possível, haja vista o princípio acusatório ser o preeminente no Estado Constitucional (LOPES JÚNIOR, A. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2009. p. 553 e ss.).

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 558.

<sup>42</sup> OLIVEIRA, R. M. de. *Juízo e prisão: ativismo judicial no Brasil e nos EUA*. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018. p. 41.

<sup>43</sup> ROSA, A. M. da. A superação dos sistemas inquisitório e acusatório com exigência do devido processo legal substancial. In: PRADO, G.; MALAN, D. (org.). *Processo penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 7-8.

demaís princípios e garantias processuais<sup>44</sup>. Sob esse aspecto, sem a pretensão de esgotar a lista, destacam-se: a) o princípio do *contraditório e da ampla defesa*; b) o *acesso material à justiça* ou *instrumentalidade constitucional do processo penal* como garantia da implementação do projeto democrático e da máxima eficácia dos direitos fundamentais<sup>45</sup>, que não se limita ao acesso formal à justiça, senão que é encorpado pela dimensão da efetividade constitucional do processo; c) do tempo de *duração razoável do processo* ou direito do acusado ser julgado em tempo razoável<sup>46</sup>; d) o princípio da *presunção de inocência*, na sua dupla acepção: regra de tratamento, a qual deixa em condição de excepcionalidade a prisão cautelar do acusado, porque a liberdade é a condição que se confere ao indivíduo que se presume, até prova em sentido contrário. Já como regra probatória<sup>47-48</sup>, cuida-se de princípio basilar da gestão da prova, fundada no próprio sistema acusatório<sup>49</sup>, porque confere ao titular da ação penal o ônus probatório de demonstrar a existência de um fato típico, ilícito e culpável. Da presunção de inocência ou da não culpabilidade decorre a garantia política do cidadão do *in dubio pro reo*, ou seja, de que, até a superação de qualquer dúvida razoável (que milita em favor do réu), o acusado merece ser absolvido. A presunção de não culpabilidade é o componente basilar do processo penal que leva a sério a dignidade da pessoa humana<sup>50</sup>; e) o princípio da *proporcionalidade* e o seu controle sobre a intensidade da limitação dos direitos fundamentais.

Em definitiva, pode-se predicar que o devido processo legal – especialmente em países que possuem um desenvolvimento socioeconômico e educacional precário, convivendo com severas exclusões sociais, a atuação jurisdicional em matéria penal, ou o devido processo penal – corresponde a uma atuação

---

<sup>44</sup> Na lição de BADARÓ, G. H. *Processo penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 90-91.

<sup>45</sup> LOPES JÚNIOR, A. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2009. p. 26-36.

<sup>46</sup> Por todos, LOPES JÚNIOR, A. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 91 e ss.

<sup>47</sup> Bem ilustrado por Aury Lopes Jr., “a complexidade do conceito de presunção de inocência faz com que dito princípio atue em diferentes dimensões no processo penal”, tendo como sinônimo fático um *dever de tratamento* (LOPES JÚNIOR, A. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 562).

<sup>48</sup> MIRZA, F. Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção da inocência e do *in dubio pro reo* *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 5, p. 540-559, 2010. p. 542.

<sup>49</sup> LOPES JÚNIOR, A. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 562-564.

<sup>50</sup> BADARÓ, G. H. *Processo penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 90-92.

judicial comprometida com a “remoção de todos os obstáculos que impeçam ou dificultem o acesso à justiça”<sup>51</sup>.

Há - então - uma importante conexão da legalidade material com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, especialmente ao seu art. 8º, que solenemente declara: “Toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei”. Cumpre ao Estado prestar, inclusive, auxílio material ao judicante, como, p.ex., financiar defesa técnica aos que não possam prover por meios próprios. Nesse sentido, veja-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (ou Pacto de São José da Costa Rica) assegura, no seu art. 8º, 2, “e”, que toda pessoa tem direito de ser amparada tecnicamente pelo Estado, buscando efetivar as garantias constitucionais dos acusados, que vão da vedação de tortura e tratamentos violentos, culminando na vedação da utilização de provas ilícitas, garantindo - enfim - uma material paridade de armas, bem como a violação de princípios e garantias fundamentais do acusado<sup>52</sup>.

Em um sistema integrado e complementar das garantias processuais, devem ser incluídas as garantias previstas em tratados e declarações internacionais de direitos humanos, especialmente os previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e seu sistema de garantias, os quais integram o bloco de constitucionalidade (e convencionalidade) do sistema processual brasileiro<sup>53</sup>, notadamente no que concerne ao direito probatório, conforme se analisa na sequência.

## 1.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

Assume-se que o direito de provar é um direito fundamental processual, pois se liga ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Trata-se de “um princípio derivado da dimensão material do contraditório”<sup>54</sup>, restando inegável,

---

<sup>51</sup> MATTOS, S. L. W. de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 183.

<sup>52</sup> TIEDEMANN, K. O direito processual penal. In: ROXIN, C.; ARZT, G.; TIEDEMANN, K. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 149 e ss.

<sup>53</sup> BADARÓ, G. H. *Processo penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 39-44.

<sup>54</sup> DIDIER JR., F. et al. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 50.

então, que “o direito à prova é também um direito fundamental”<sup>55</sup>. Com efeito, a Constituição Federal, no seu art. 5, LVI, dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, limitando a atuação dos poderes estatais<sup>56</sup>.

Da vedação do uso de provas ilícitas decorre o princípio da presunção de inocência: valer-se de meios ilegais e ilegítimos para condenar alguém é agir na ilegalidade, ferindo-se a barreira do *standard* probatório<sup>57</sup> mínimo. Tal possibilidade não escapou da análise da Suprema Corte dos Estados Unidos – ainda no ano de 1975 –, quando declarou ser inaceitável, no caso *Brow vs Illinois*<sup>58</sup>, processo em que o senhor Richard Brown teve depoimento colhido pela polícia em contexto fático viciante à escuta, e que foi remetido aos autos após – e ele serviu como prova mais robusta para sua condenação nas instâncias inferiores –, havendo afronta direta à Quarta Emenda da Constituição Americana<sup>59</sup> no ato de prisão do indiciado. O que torna esse *case* especial é que houve tentativa de creditar enquanto correta a diligência, sob o argumento de que os *Miranda Rights*<sup>60</sup> foram lidos ao acusado e suas confissões eram voluntárias (ou seja, não foram obtidas por meio de qualquer forma de coação, seja ela psíquica ou física); portanto, legítimas à luz da Quinta Emenda

---

<sup>55</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>56</sup> Art. 157, *caput*, do CPP: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”; “§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas [...]” (BRASIL, 1941).

<sup>57</sup> Neste momento, o sentido de *standard* de prova invocado é o de quanto se provou (*quantum probandi*), nas precisas palavras de Geraldo Prado, “medida de prova que, mais especificamente para o processo penal, é o *standard* da prova além da dúvida razoável (BARD)”. Há ainda a dimensão de qualificação das provas, de acordo com o referido Professor Geraldo, que são “*standards* de constituição e configuração da prova penal” (PRADO, G. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 11).

<sup>58</sup> ILLINOIS. Supreme Court. *Brown v. Illinois*. 422 U.S. 590 (1975). Chicago, Illinois, jun. 26, 1975. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1974/73-6650>. Acesso em: 20 maio 2020.

<sup>59</sup> O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido, e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração; particularmente, com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.

<sup>60</sup> É o conhecido ato de avisar que o sujeito tem o direito de permanecer em silêncio – não se autoincriminar –, pois suas palavras poderão ser usadas em seu desfavor futuramente. O direito à não autoincriminação também existe no ordenamento jurídico pátrio, porém apresenta outras facetas, especialmente no momento da instrução processual. A esse respeito, vale conferir compilação de jurisprudência nacional e internacional do STF (BRASIL, 2018).

também<sup>61</sup>. Acontece que a Scotus<sup>62</sup> afirmou que a ilicitude do ato de prisão para o interrogatório contaminava o depoimento, portanto, este deveria ser excluído do conteúdo do processo<sup>63</sup> – também ficou entendido que a Quarta e Quinta Emendas deveriam ser interpretadas em conjunto.

No ano de 2003 – vinte e oito anos após a paradigmática decisão da década de 70, no caso *Kaupp v. Texas*<sup>64</sup> –, a mesma Corte ratificou seu entendimento (com *justices* diferentes, ressalta-se) de que, no caso de restrição indevida da liberdade, ainda que apenas para proceder ao interrogatório, o fruto desse ato é ilegal e não poderá servir como meio de prova. A presunção de inocência será combatida por um depoimento dado em meio a uma situação de pressão psíquica do depoente, que terá – desde já – seu direito de contradizer afetado, automaticamente, gerando um prejuízo certo e iminente para sua defesa.

Pelo turno das atitudes comissivas, cabe ao Estado oportunizar aos acusados meios de provar sua inocência. Exemplos de tal atuação são fornecer gratuitamente documentos ou custear diligências requeridas e, claro, criar e manter a estrutura necessária para as Defensorias Públicas. Este talvez seja hoje o maior desafio, devido à adversa situação econômica do Brasil que não é segredo para ninguém. *Prima facie*, os problemas que geram a maior parte das nulidades em matéria de prova são justamente pela extrapolação de situações por parte dos órgãos de investigação, ou seja, paradoxalmente, há uma falta de abster-se da prática de determinadas condutas.

Além disso, a gestão probatória pode ser percebida em quatro fases sequenciais no âmbito do processo, devendo ser notado, na inferência de Aury Lopes Júnior, que o direito fundamental processual ao contraditório

---

<sup>61</sup> Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá, pelo mesmo crime, ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.

<sup>62</sup> Abreviatura pela qual é também conhecida a Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

<sup>63</sup> O caso *Brown v. Illinois* tem outras questões jurídicas extremamente interessantes como pano de fundo, mas que, neste ensaio, não são possíveis de tratá-las, devido ao recorte proposto.

<sup>64</sup> TEXAS. Court of Appeals. Fourteenth District. *Kaupp v. Texas*. 538 U.S. 626 (2003). Texas, 5 maio 2003. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/2002/02-5636>. Acesso em: 21 maio 2020.

lhe faz base. Os momentos são: fase *postulatória*, que é “o direito à adequada oportunidade de requerer provas”<sup>65</sup>, (re)lembrando que ao acusado é disponível postular prova, sendo uma prerrogativa hábil para de plano lhe absolver, por exemplo; na sequência dos feitos, surge a fase de *admissão* do pedido, em que a expectativa de rebater a(s) tese(s) da acusação direta e frontalmente ganha chance; o terceiro estágio abriga a *produção* em sentido estrito, costumeiramente chamado na praxe forense como instrução, etapa na qual poderá o sujeito passivo participar da concepção da prova, nem que seja na oportunidade de ser espectador do ato. Por derradeiro, há a fase da *valoração*, na qual terá a decisão do magistrado como produto da análise feita sobre o material probatório que contém os autos. Importante observar que a possibilidade de impugnar a fundamentação realizada pelo julgador por meio de recurso<sup>66</sup>, assim indo de encontro aos argumentos jurídicos e quanto à leitura dos fatos, acende a clareira do princípio do contraditório<sup>67</sup>.

Para concluir as menções conceituais e de aplicação sobre os direitos fundamentais processuais, é imprescindível visualizar que ao processo penal adjetivado pela Constituição e por demais diplomas que versem sobre Direitos Humanos não é tolerável qualquer margem de desvio dos trilhos arquitetados pelos citados diplomas legais, fato que, necessariamente, precisa ser compreendido não somente pelos atores processuais, mas, sim, também por aqueles que atuam desde o momento inicial da investigação de possível fato típico (fase pré-processual), em razão da congruência da legalidade, atitude investigativa ilícita ou ilegítima, carreará nulidade processual *a posteriori*.

## 2 O PROCESSO, A VERDADE E A ATIVIDADE PROBATÓRIA

A relação entre verdade e prova já foi analisada no trabalho, cumprindo ressaltar – ainda, por relevante – que a relação entre prova e verdade é teleológica, pois não confere à verdade qualquer papel na definição da prova, mas, sim, que se considera o objetivo final da atividade probatória<sup>68</sup>. Todavia,

---

<sup>65</sup> DIDIER JR., F. et al. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 51.

<sup>66</sup> Deve ser entendido não somente pelo sentido de recurso em sentido estrito, mas também enquanto outros meios autônomos de impugnação, *v.g.*, mandado de segurança criminal e o recorrente *habeas corpus*, etc.

<sup>67</sup> LOPES JÚNIOR, A. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 571.

<sup>68</sup> BELTRÁN, J. F. *Prova e verdade no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 59.

nessa relação, também há a questão conceitual, na qual se entende que a verdade é componente interno da prova, que pretende dar um enunciado como provado. Isto significa ou quer dizer que a verdade é uma condição da eficiência dos meios de prova, mas não um desiderato<sup>69</sup>. Independente da tese sobre a relação prova e verdade que mais se afeiçoe, tem-se que a função precípua é a demonstração da verdade. O raciocínio do ciclo composto pelo processo, as provas e a busca da verdade (formal) podem ser sintetizados da seguinte forma: o Estado de Direito, orientado pelo horizonte axiológico da Constituição, tem no processo sua ferramenta para aplicar as sanções oriundas do direito penal. Por outro lado, a reconstrução dos fatos históricos (os fatos são descritivos, pois pertencem ao passado e sobre eles o magistrado atuará de forma cognitiva) se dá por meio das provas construídas e presentes no processo, em respeito às regras do jogo. Não se trata de uma tarefa simples, pois deverão ser analisados os enunciados descritivos<sup>70</sup> (os fatos da realidade) e os enunciados prescritivos<sup>71</sup> (as indicações do texto legal ou prescrições normativas), que deverão ser interpretados, ponderados, enfim, submetidos a um processo de argumentação jurídica<sup>72</sup>.

Nessa perspectiva, Humberto Ávila apresenta relevante lição:

Embora os dois enunciados refiram-se à realidade por meio de uma parte referencial que pode ser comum a ambos (*frástico*), eles se distinguem relativamente à função cognitiva ou normativa que visam cumprir (*nêustico*), já que o enunciado descritivo tem a função de transmitir informações sobre a realidade e o enunciado prescritivo, a incumbência de guiar a conduta. (grifos do autor)<sup>73</sup>

---

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 59-60.

<sup>70</sup> Enunciado descritivo é “aquele usado com a função direta de informar o destinatário a respeito de como as coisas são, tem sido ou estão” (ÁVILA, H. *Competências tributárias: um ensaio sobre a sua compatibilidade com as noções de tipo e conceito*. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 18).

<sup>71</sup> Enunciado prescritivo é “aquele usado com a função direta de guiar a conduta do destinatário. Daí comportar um significado *normativo*” (grifos do autor). *Ibid.*, p. 18.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 17-19.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 18.

No mesmo sentido, mas com outros termos, ensina-nos o célebre autor argentino Agustín Bordillo acerca da relação havida entre a atividade probatória e o transcorrer do tempo, vieses que podem ser verticalmente influenciadores do resultado da dilação probatória endoprocessualmente se considerando:

*Cabe además tener presente los cambios en los hechos que se producen a través del tiempo, los cambios en la percepción y prueba de ellos, la información adicional que se produce, etc. y evaluar siempre cómo afecta el caso. Los casos son dinámicos, como dinámica es la prueba que nos va mostrando poco a poco – nunca completamente – la realidad de los hechos. Al producirse nueva prueba, varía nuestra percepción de los hechos y por ende del caso.*<sup>74</sup>

Todavía, se os fatos históricos não são dotados de força normativa, como influenciam a decisão judicial? A resposta a tal indagação repousa na força ilocucionária dos enunciados descritivos; mesmo que não possuam imperatividade legal, são detentores de uma peculiar coercibilidade psíquica do julgador, no sentido de convencê-lo de que determinada narrativa sobre determinados fatos são, ou não, verossímeis. Conclui-se – pois – que a verdade a que se pode chegar é aquela possível ou racional que se dá: a) pela análise dos fatos históricos descritivos, realizada (re)cognitivamente pelo magistrado – com a influência dos argumentos e provas trazidos pelas partes; b) interpretação do conteúdo legislado já existente, em seu frástico, resultando em norma (nêustico) ao caso em concreto. Em outras palavras: a interpretação da norma (enunciado prescritivo) em conjunto da análise dos fatos (enunciado descritivo histórico) resultará na decisão do juiz, que emite um outro enunciado (uma norma ao processo determinado), prescritivo por natureza<sup>75</sup>.

Há – ainda – a necessidade de esclarecer outra função das provas no processo, o meio de orientar e delimitar o objeto em lide; “*en el proceso, los hechos determinan la interpretación y la aplicación del derecho*”<sup>76</sup>, fato que torna mais

<sup>74</sup> BORDILLO, A. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: la defensa del usuario e del administrado*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014. p. 69.

<sup>75</sup> Por todo o exposto, cf. BELTRÁN, J. F. *Prueba e verdade no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 21-29.

<sup>76</sup> TARUFFO, M. *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013. p. 13.

clara a importância da atuação efetiva dos direitos fundamentais processuais, pois se sabe “*que la averiguación de la verdad de los hechos es condición necesaria para la justicia de la decisión*”<sup>77</sup>, além de que “*ninguna decisión puede considerarse justa si se basa en una averiguación falsa o errónea de los hechos relevantes*”<sup>78</sup>.

Questiona-se se, no processo judicial, é defeso descobrir a real verdade dos fatos<sup>79</sup>, porquanto das limitações normativas existentes, as quais impedem procedimentos tidos por ilegais – ou visam, ao menos. Antes mesmo de tentar responder a tal questão, típico caminho justificador dos critérios jurídicos para produção de provas no âmbito do processo judicial, apresenta-se outra interpelação: onde os direitos fundamentais processuais não incidem, a (utópica) verdade material/real está à disposição? Longe de se entrar numa abordagem filosófica propriamente dita sobre o que seja a verdade, vale esclarecer, na esteira da lição de Michele Taruffo, no sentido de que, se ao juiz existem dificuldades à revelação da veracidade plena dos fatos, tal fenômeno também se dá em qualquer situação fora do processo<sup>80</sup>. Dito de outra forma: os limites de diligenciar impostos pelo sistema jurídico embebido nos direitos fundamentais – processuais ou materiais correlatos – não existem com o fim de inibir a aparição da verdade, mas, justamente o contrário, para promovê-la; ao se concluir pela condenação, se tenha um mínimo de segurança que o decidido não seja uma farsa<sup>81</sup> – por conseguinte, uma injustiça. Na observação de Andrés Ibáñez Perfecto, “*la opción por el modelo de proceso que se expresa en estas exigencias responde no sólo a razones de garantía de derechos*”, mas igualmente “*a requerimientos de método, tenidos como esenciales para alcanzar una verdad procesal de calidad*”<sup>82</sup>.

---

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> Michelle Taruffo assinala que há quem pense estar o processo judicial impossibilitado de descobrir o que realmente se passou no fato histórico, denominando-os de *verifóbicos*. Para esclarecimentos mais densos, ver: TARUFFO, M. *Ensaíos sobre o processo civil*: escritos sobre processo e justiça civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017a. p. 183 e ss.

<sup>80</sup> TARUFFO, M. Prólogo da edição espanhola. In: BELTRÁN, J. F. *Prova e verdade no direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2017b. p. 10.

<sup>81</sup> Uma sugestão de reflexão: o que uma tortura, uma distorção dos fatos encontrados alcançam, será a verdade *real* ou o que se quer desde logo obter? A resposta é nítida.

<sup>82</sup> PERFECTO, A. I. Sobre prueba y proceso penal. *Discusiones*, Alicante n. 3, a. 2003, p. 55-66, 2008. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcb2896>. Acesso em: 2 jun. 2020, p. 64.

Não obstante essas alegações, é necessário observar que há um recorte cognitivo pelas limitações jurídicas na apuração dos fatos<sup>83</sup>; ratificando, isso se deve a dois motivos: aos fatos históricos que o processo penal já deixou para a história<sup>84</sup> e os fatos debatidos na relação jurídica processual, o âmbito do processo – o contexto jurídico<sup>85</sup>. O acontecimento não está mais acessível, consistindo em um fato histórico inalcançável em sua originalidade. Geraldo Prado dissipa quaisquer dúvidas no tocante à (im)possibilidade empírica de perquirir os atos consumidos pelo tempo:

A verdade perseguida no curso do processo penal como meta na ultrapassagem de um estado de incerteza para o de certeza não tem uma *natureza ontológica*, tampouco se encontra acessível para, como em um passe de mágica, conduzir os sujeitos processuais a uma viagem no tempo, ao passado, para perceber os fatos como na realidade ocorreram.<sup>86</sup> (grifos do autor)

Uma vez fundada a imprescindibilidade dos direitos fundamentais no processo, então, qual o alcance que essas normas jurídicas sobre a atividade probatória deveriam ter (tendo em mente todo o *iter* probatório)? O maior possível! Se a tese da acusação deve<sup>87</sup> passar por um critério de refutabilidade, em que as provas apresentadas serão as balizas<sup>88</sup>, não seria um exagero defender, na linha do que pensa Peter-Alexis Albrecht, a possibilidade de a defesa atuar desde a primeira fase de produção das provas<sup>89</sup>, pois “a defesa deve se tornar parte integrante e instrumento das estratégias de racionalização”<sup>90</sup>. O

---

<sup>83</sup> “Siendo así, se intuye fácilmente que no se puede hablar del hecho separándolo completamente del derecho u olvidando sus implicaciones jurídicas.” (TARUFFO, M. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005. p. 91)

<sup>84</sup> A exemplo dos narrados por Michel Foucault, na obra *Vigiar e punir*. FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987.

<sup>85</sup> TARUFFO, M. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005. p. 90.

<sup>86</sup> PRADO, G. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 35.

<sup>87</sup> Em razão do já efusivamente mencionado princípio da presunção de inocência, o verbo *dever* é o mais correto.

<sup>88</sup> PRADO, G. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 21.

<sup>89</sup> ALBRECHT, P.-A. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 360 e ss.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 363.

Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 14<sup>91</sup>, que garante tal direito ao advogado, para visualizar os documentos já acostados ao inquérito. A importância da averiguação dos fatos que compõem o processo é a de declará-los verdadeiros ou falsos<sup>92</sup>, havendo condenação ou absolvição (como determina o extrato legal) a partir da constatação havida pelo magistrado<sup>93</sup>. Reforçando: a *blindagem* a fatores de distorção dos acontecimentos serve para proteger a verdade das proposições, mas não o oposto.

A resposta da questão antecedente – extensão de incidência dos direitos fundamentais processuais – infere uma fundamental análise da verdade no processo judicial, em última razão, pois, como bem refere Jordi Ferrer Beltrán, “não se pode encerrar a análise da força e do significado dos enunciados declaratórios de fatos provados [...] sem considerar a influência sobre esses exercida pela existência de regras processuais sobre a prova”<sup>94</sup>; logo, é trivial os ânimos que circundam as perseguições penais, numa espécie de pêndulo que tem nos seus extremos, de um lado, a vontade (desmedida, por vezes) de obter a condenação e, de outro, a absolvição (por um prisma da moralidade, inaceitável aos leigos, principalmente, em diversas ocasiões), ficando a verdade no processo como vilã de ambas as narrativas – verdadeira infelicidade e agonia ao Estado Constitucional. Para que haja um ponto de equilíbrio em que as tensões não convergentes se acautelem e se contenham, é profícua a atenção dada ao “alcance geral da regulação jurídica sobre a prova”<sup>95</sup>, com a missão de que esse fim saia da teoria jurídica para o mundo dos fatos. É que o processo penal se socorre – mas não somente, é apenas um dos vieses possíveis – ao instituto da *cadeia de custódia das provas*, o qual se passa a comentar a seguir.

<sup>91</sup> “Súmula Vinculante nº 14: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.” (BRASIL. Súmula Vinculante nº 14)

<sup>92</sup> TARUFFO, M. Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. *Discusiones*, Alicante n. 3, a. 2003. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmckk9s2>. Acesso em: 2 jun. 2020, p. 18.

<sup>93</sup> Se convive paralelamente o direito da sociedade, enquanto dever do Estado de dar resposta às infrações penais, existem também as limitações na atuação deste poder, ancoradas nos direitos fundamentais. Neste ínterim, portanto, a busca pela verdade no processo importa a todos estes atores – réu de forma direta, sociedade tangencialmente –, quer com a punição merecida, quer pela justa absolvição do acusado inocente.

<sup>94</sup> BELTRÁN, J. F. *Prova e verdade no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 42.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 42.

### 3 A CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS DIGITAIS

Em face do já escrutinado no presente ensaio, tem-se que o processo penal brasileiro trilha o caminho para sedimentar sua base no Estado de Direito, embora haja consideráveis desafios a serem superados. Nesse compasso, a mera previsão legislativa não basta para mudar a cultura e a mentalidade que cerca a instrumentalidade processual. Com efeito, Michelangelo Bovero já ensinou que os direitos previstos expressamente em lei, caso não sejam implementados, não passam de folhas de papel: “*Esto significa que tener derechos, conferidos por una norma jurídica positiva, no basta*”<sup>96</sup>, por esse motivo, “*los derechos exigen garantías idóneas, las cuales deben ser instituidas y hechas valer eficazmente por el mismo ordenamiento normativo que atribuye los derechos*”<sup>97</sup>. A cadeia de custódia das provas representa um grande passo para dar efetividade aos direitos fundamentais<sup>98</sup>. O nexu finalístico do referido instituto decorre diretamente do altiplano axiológico da Constituição Federal de 1988, quando vedou uso de provas ilícitas, firmando as bases constitucionais do devido processo legal<sup>99</sup>.

Com efeito, a preservação da cadeia de custódia das provas penais não possui tão só relação instrumental com o processo, mas, sim, com todo o sistema das garantias e direitos fundamentais processuais previstos na Constituição, conforme o que já foi assentado pela jurisprudência do STJ (HC 160.662 e HC 635.515). Firma-se, pois, a tese no sentido de que o instituto da cadeia de custódia busca conferir ótima efetividade aos princípios e às garantias protetivas da liberdade individual, sinalando que, na dúvida (ou contaminação da prova), a solução deverá ser favorável ao réu. No mesmo sentido, a orientação do STF (HC 214.908) se expressa no sentido de que a violação da cadeia de custódia atrai o princípio que veda a utilização da prova ilícita (art. 5º, LVI, da CF/1988). Assim, as previsões legais trazidas nos arts. 158-A a 158-F do CPP são deveras importantes<sup>100</sup>; afinal, a verdade não

---

<sup>96</sup> BOVERO, M. *La protección supranacional de los derechos fundamentales y la ciudadanía*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013. p. 13.

<sup>97</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>98</sup> PRADO, G. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 80.

<sup>99</sup> ÁVILA, H. B. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 163, p. 50-59, set. 2008. p. 6.

<sup>100</sup> “A elaborada ritualística da prova não está na lei processual para satisfazer caprichos ou tornar o processo um complexo emaranhado de atos enfadonhos. Cada regra de produção probatória cumpre

pode ser investigada a qualquer preço, senão que deve também preservar a dignidade humana e os direitos fundamentais do acusado: “A estreita ligação do direito processual penal com o direito constitucional”<sup>101</sup>. A Lei nº 13.964, de dezembro 2019, trouxe algumas mudanças<sup>102</sup> ao Código de Processo Penal, adaptando-o às transformações sociais, especialmente as de cunho tecnológico<sup>103</sup>, dentre elas a referida, localizada nas disposições sobre a prova pericial. O conceito foi dado no *caput* do art. 158-A, que diz: “Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”.

A partir do conceito legal, algumas considerações podem ser tecidas: a) cadeia de custódia é tida enquanto a reunião da integralidade dos elementos informativos probatórios (*vestígios*), não parte deles somente; b) a sua função é preservar a cronologia temporal dos atos necessários para obter determinada prova, que desempenhará, *a priori*, função persuasiva ao magistrado – escopo interno ou endoprocessual –, mas também presta contas à sociedade, enquanto agente de fomento da verdade processual – escopo externo ou extraprocessual. Devido a esse binômio funcional, blindar o conteúdo é desencorajar práticas ilícitas para obtenção de provas; c) serve para todas as fontes de prova, ou seja, as reais (objetos, documentos físicos ou digitais) e pessoais (peritos, testemunhas etc.)<sup>104</sup>. Os itens destacados nutrem relação de causa e efeito,

---

uma função de garantia e deve ser respeitada” (SANTORO, A. E. R.; TAVARES, N. L. F.; GOMES, J. de C. O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 605-632, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.76>. Acesso em: 7 jun. 2020, p. 611).

<sup>101</sup> TIEDEMANN, K. O direito processual penal. In: ROXIN, C.; ARZT, G.; TIEDEMANN, K. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 154.

<sup>102</sup> Alguns dispositivos introduzidos ao CPP pela referida lei tiveram sua vigência suspensa, por decisão do Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, a exemplo do *juiz de garantias* – o que não ocorreu com a cadeia de custódia das provas (BRASIL, 2020).

<sup>103</sup> PRADO, G. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 70.

<sup>104</sup> SANTORO, A. E. R.; TAVARES, N. L. F.; GOMES, J. de C. O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 605-632, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.76>. Acesso em: 7 jun. 2020, p. 612.

são consequências lógicas do antecessor, formando a base do instituto da preservação da historicidade probatória, pois esse é o horizonte da cadeia de custódia.

É imprescindível realçar que a manutenção das fontes de prova ocorrerá como regra ainda na fase pré-processual, ou seja, durante o inquérito policial realizado pelas polícias judiciárias; isso significa dizer que a referida novidade processual penal deve ser levada em conta não apenas pelos atores processuais tradicionais, mas desde o delegado – aliás, qualquer agente que tenha contato com o corpo de delito. Eis um grande desafio, que vai exigir do Estado uma prestação positiva em criar e manter estruturas forenses adequadas e aptas a dar conta da tarefa – ou fornecer investimentos mais robustos nas instituições já existentes.

Ademais, há densa discussão sobre a legitimidade das provas não repetíveis e antecipadas, pois tais são produzidas às cegas do contraditório, que será, no máximo, posterior ou diferido<sup>105</sup>. Bem, se de fato existem situações em que não se possa perder o mínimo de tempo ou oportunidade para coletar determinada evidência, por óbvio, a investigação de ato hipoteticamente criminoso tenha de ser realizada sem a consciência do infrator, não há como obstar suas práticas; nesse hiato de narrativas – mitigação do contraditório ante a necessidade real de proceder na investigação –, consolida-se autêntica zona de penumbra, ambas com fundadas razões de ordem pragmática e teórica, as quais poderão, à luz da preservação da cadeia de custódia, encontrar o pilar de fidedignidade almejado, para então influenciar na captura psíquica do julgador com a legitimidade constitucional necessária.

Para que fique claro: o recém-chegado instituto da preservação da cadeia de custódia não atende às necessidades da acusação ou da defesa, em nota de exclusão: a ambos; ao réu se torna possível visualizar, com a desejada clareza, o passo a passo da coleta e a formação dos elementos de prova, podendo, assim, defender-se com mais efetividade; por outro turno, ao acusador se permite estar mais seguro de que sua tese é verídica e legítima. “Dito de outra maneira e para espantar dúvida quanto ao compromisso do processo penal com a

---

<sup>105</sup> Cf. *Ibid.*, p. 608.

responsabilização criminal dos agentes: erigiu-se a qualidade da decisão penal como meta<sup>106</sup>.

Além disso, não pode passar despercebido que não apenas os autos processuais estão sendo paulatinamente dispostos em meio eletrônico, do mesmo modo as provas; por lógico, o sentido de provas eletrônicas/digitais aqui mencionadas não é da mera anexação ao corpo do processo de fotografias dos corpos de delitos apreendidos. O que se quer alertar é para um paradigma – também novo – de *espécie de provas* devido à universalidade de dispositivos tecnológicos presentes em quase todos os lugares (drones, câmeras de segurança públicas ou privadas, celulares etc.). Dessa maneira, é “*evidence is the key to solve any crime*”<sup>107</sup>, e isso, por si só, justifica a afirmativa da qual “*evidence integrity needs to be protected in order to make it admissible in the court of law*”<sup>108</sup> – o que também se torna realidade com a inclusão do dever de preservação da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro.

Fato é que o problema não se aloca nos tipos probatórios modernos em si – a solução não é bani-los de utilização – mas a questão é que, por sua estrutura digital, existe uma grande possibilidade de adulteração, algo que, em corpos de delito *tradicionais*, também pode ocorrer. A certificação de veracidade do conteúdo – porém – é muito mais complexa naquelas provas; a perícia técnica de conteúdos eletrônicos – *i.e.*, vídeos, áudios etc. – pode, por vezes, ter de desvelar o produto do trabalho de outro perito da área, que possui tão ou mais recursos do que aquele que exercerá a análise forense. Geraldo Prado<sup>109</sup> também analisa esse emblemático quadro:

As técnicas de captação de som, imagem, e até de captura de outros elementos originalmente produzidos em meio digital não estão imunes à corrupção em termos metodológicos. Muito menos há isenção de

<sup>106</sup> PRADO, G. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 39.

<sup>107</sup> SHAH, M. S. M. B.; SALEEM, S.; ZULQARNAIN, R. Protecting digital evidence integrity and preserving chain of custody. *Journal of Digital Forensics, Security and Law*, Daytona Beach, v. 12, n. 2, p. 120-130, 2017. p. 121.

<sup>108</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>109</sup> PRADO, G. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 74.

risco de manipulação do produto obtido por meios dos métodos ocultos de investigação.

Ao juiz criminal dos dias atuais, quando o avanço tecnológico deixou de ser uma tendência pertencente ao futuro e tornou-se a realidade do tempo presente, resta saber lidar com os desafios contemporâneos que – em assunto de direito probatório – estão gradualmente mais complexos. Apesar de ser lúcida, a benfeitoria gerada pela introdução do dever de preservação da cadeia de custódia ao processo penal pátrio não permite que seja cegada a utopia; o que se quer dizer com isto? Se outrora bastava ao juiz – para fundamentar sua convicção – cotejar provas com alegações de fato e de direito, trazidas pela acusação e pela defesa, hoje não mais. A questão é mais profunda: o paradigma de ilicitude probatória, até dias recentes, era de origem quase que exclusiva fundada em erros de “diligência” – coação em interrogatórios policiais, flagrantes preparados, interceptações telefônicas sem autorização que davam ensejo a apreensões *prima facie* lícitas etc., ou seja, provas *requetadas*.

Acontece que esse problema, na era da tecnologia avançada, torna-se complexo, devido à aptidão de camuflar-se na face da licitude e correição; assim sendo, a necessidade da acusação de demonstrar todo iter probatório – apontar cada elemento informativo componente da prova pronta que consta nos autos – revela-se uma necessidade inadiável: para isso, serve a cadeia de custódia. Num primeiro momento, a prova já produzida serve tão somente para convencer de algo o julgador; após inclinado em algum sentido, resta ao juiz mais uma indagação: de onde e como surgiu essa prova (que pode ser um vídeo adulterado ou algo semelhante); o que me convenceu não é uma farsa elaborada por um perito da área? O processo penal dos autos eletrônicos, o direito moderno das provas digitais, não se convence mais com a “gravação do agente roubando, além do guarda, feito refém no ato, como testemunha nas provas trazidas pelo Ministério Público”<sup>110</sup> enquanto fundamentação do convencimento. Deve o magistrado dizer que o referido vídeo tem sua fonte demonstrada junto dele, para que a defesa possa averiguar se não é uma montagem, por exemplo. Em outras palavras: só a fotografia da prova já não serve mais, pois precisa ser explicado como ela surgiu e como foi manejada.

---

<sup>110</sup> Narrativa hipotética de fundamentação, para fins de exemplificação meramente.

O juiz tem de se convencer duas vezes no processo penal digital (em tom de metáfora: *e-persecução penal*): primeiro, que os fatos alegados têm amparo em elementos de prova suficientes para transpor a barreira do *standard* necessário (*beyond any reasonable doubt*) – captura psíquica primária; posteriormente, que essas provas sejam verídicas (além de obtidas por meios lícitos, claro) – salvaguarda do convencimento cognitivo<sup>111</sup>. Isso o juiz sempre teve que fazer; nos dias dos drones, das clonagens de imagem e voz quase que perfeitas, é um trabalho muito mais complicado do que comprovar se aquela pessoa que está depondo realmente trabalha na segurança, em tal turno, na determinada empresa. Tal panorama gera mais uma constatação: dentre as duas funções mais corriqueiras que se diz ter a prova no processo – captura psíquica do magistrado ou busca da verdade formal –, não é mais aconselhável adotar uma em detrimento da outra, mas em conjunto, em decorrência da imensa complexidade que a atividade probatória está manifestando ter e porque o processo deve ser vislumbrado enquanto entidade epistêmica<sup>112</sup>.

Também será necessário que haja maior atenção na permissão de medidas cautelares investigativas, *v.g.*, os métodos ocultos de investigação que já são usados, mas especialmente novos que surgirão, pois muitos podem não ter legalmente previstos seus meandros, ficando assim ao juiz indicar os limites da diligência, sem esquecer de que “as medidas cautelares destinadas à obtenção de meios de prova, muitas vezes, causam mais sofrimento e são mais duradouras em seu viés de estigma que as sanções penais”<sup>113</sup>. Por óbvio, tudo deverá ser declarado; no caso de ocultação à defesa de algum ato, haverá flagrante ilicitude na formação da prova determinada e de suas possíveis derivações<sup>114</sup>. Sobre os métodos ocultos de investigação e cadeia de custódia de provas digitais, Diogo Malan faz perspicaz diagnóstico acerca do atual panorama fático-jurídico em que estão inseridos tais métodos no Brasil. Aduz o autor:

Em primeiro lugar, existe um certo déficit legislativo, um buraco negro em termos de regulamentação. Hoje

---

<sup>111</sup> Cf. PRADO, G. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 39-40.

<sup>112</sup> PRADO, G. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 12.

<sup>113</sup> PRADO, G. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 66.

<sup>114</sup> Cf. PRADO, G. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 124-131.

são usados métodos que não têm previsão normativa expressa. Por exemplo a chamada busca e apreensão virtual: quando a Polícia Federal acessa um servidor de *e-mail* e cópia o conteúdo daquele servidor, mensagens enviadas, recebidas, catálogo de endereços, rascunhos, e também o pagamento de verba sigilosa de informante pela Polícia Federal a um particular no curso de uma investigação. Não há regulamentação de um procedimento probatório específico para esses métodos, e também, a meu ver, não existe um método típico que possa ser usado por analogia nessas hipóteses.

Outra característica que vemos hoje no Brasil, com certa frequência: existe um procedimento técnico-operacional oculto, no sentido em que nem sequer o magistrado que autoriza, ou as partes no processo criminal, sabem exatamente qual foi a tecnologia usada para implementar a medida. Por exemplo, quando se faz a chamada captação ambiental de sinais acústicos, não se sabe exatamente como é que foi inserida uma aparelhagem para captar esses sinais no local de trabalho, no domicílio do suspeito, e depois essa informação não é devidamente documentada e incorporada aos autos do processo criminal.

O que vemos com alguma frequência também é a chamada quebra da cadeia de custódia da prova. Há uma certa deficiência no Brasil de uma cultura policial, uma cultura ministerial, uma cultura de observância de protocolos técnicos na coleta de fontes de prova e também um certo déficit na documentação cuidadosa da cadeia de custódia das provas incorporadas ao processo. Isso pode ter duas consequências: a primeira delas é a inviabilidade do exame direto do objeto da perícia por assistentes técnicos nomeados pelas partes e, também, essa quebra da cadeia de custódia da prova que pode gerar a eventual perda,

adulteração ou contaminação da prova, pode ensejar a inadmissibilidade em juízo da prova [...].<sup>115</sup>

Por ser recente a introdução, no Direito brasileiro, do instituto da cadeia de custódia das provas de forma expressa na legislação, somado ao fato de serem tanto quanto tímidas, senão insuficientes, as previsões acerca do manejo de provas digitais e de métodos ocultos de investigação, será necessário que o Poder Judiciário aja de forma preeminente na proteção de todos aqueles direitos que compõem o devido processo legal (do direito ao efetivo contraditório e da ampla defesa aos acusados). Pertinente ressaltar já existirem julgados paradigmas envolvendo provas coletadas ou produzidas de mídias digitais pelo Superior Tribunal de Justiça, citando, *e.g.*, o *Habeas Corpus* nº 160.662/RJ, em que o egrégio Tribunal não se furtou de analisar o material probatório e declarar que “mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório [...] a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas”<sup>116</sup>.

## CONCLUSÃO

O moderno processo penal – a instrumentalização do devido processo legal do Estado de Direito – possui a finalidade primordial de aplicar a lei ao caso concreto, proferindo decisões justas, corretas e racionais. Responde, portanto, a uma inspiração de justiça. Dessa forma, pode-se dizer que a questão probatória, na medida em que a prova visa capturar o julgador e convencê-lo, é o ponto central e sensível do processo. Com uma nota de acréscimo, o processo penal é o instrumento mais violento do direito, haja vista a aptidão em restringir os direitos fundamentais de liberdade da pessoa. Sendo assim, é fundamental que se estabeleçam mecanismos e institutos legais de controle (ou de redução da subjetividade do julgador) da decisão judicial, que se entende que devam ser objetivos e, pois, normativos (controles denominados

<sup>115</sup> MALAN, D. Métodos ocultos, devido processo e o enfrentamento à criminalidade organizada. In: BRITO CRUZ, F.; SIMÃO, B. (ed.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital*: doutrina e prática em debate. São Paulo: InternetLab, v. 4, 2021. p. 58. *E-book*.

<sup>116</sup> BRASIL. STJ, HC 160.662/RJ, Rel<sup>º</sup> Min. Assusete Magalhães, J. 18.02.2014. Brasília, DF. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864482320/habeas-corpus-hc-160662-rj-2010-0015360-8/inteiro-teor-864482321>. Acesso em: 7 jun. 2020.

epistêmicos). Eles devem atuar – sobretudo – na fase da produção da prova, no afã de garantir a “qualidade” da prestação jurisdicional, que, por certo, passa por uma motivação baseada em fatos “verdadeiros”.

Entende-se que a qualidade da decisão em uma sociedade tecnológica e complexa como a atual demanda um controle formal e objetivo sobre a prova – especialmente a eletrônica e digital. A tipicidade processual da cadeia de custódia, nesse particular, ganha especial destaque. Como os dados e as informações digitais, de regra, são coletados antes do início da ação penal (em fases investigativas policiais, fora do processo judicial), reputa-se essencial que se demonstre, de forma documentada, toda a trajetória pelo qual a prova passou até a sua apresentação no processo. Ora, a sociedade atual é informada pelos inventos tecnológicos, não sendo, por acaso, que seja também definida como sendo a sociedade do capitalismo da vigilância. Tal fenômeno ocorre justamente pelo fato de que a técnica apresenta-se, verdadeiramente, como uma ideologia que se apodera da razão. Por isso, os computadores e os modernos *smartphones* (aparelhos celulares) substituem as gavetas de escritório e/ou residências. Em uma palavra: na sociedade informacional, pelo inédito protagonismo da tecnologia, a prova tecnológica assume protagonismo, substituindo a “rainha” da prova testemunhal.

Nesses contornos, deve ser “levado a sério” o instituto da cadeia de custódia, porque tal instituto, em primeira valoração, serve como elemento de prova, servindo como fundamento de uma sentença condenatória e/ou absolutória. Enfim, é um valoroso meio de prova, a serviço da instrumentalidade processual e material. Para além, no mais relevante, a preservação da fonte das provas (isto é, a idoneidade da coleta dos vestígios do crime), em especial daqueles elementos produzidos fora do processo, esta a serviço do contraditório e da ampla defesa, princípios basilares do moderno processo penal. Por isso, a não preservação da integralidade do material colhido na investigação inviabiliza a pretensão acusatória (o interesse do órgão acusador) e, sobretudo, caracteriza também a “perda de uma chance” para o exercício da ampla defesa.

Ora, em não havendo a catalogação de cada etapa de coleta e preservação da higidez do material apurado, não há como garantir a sua integralidade ou a ausência de violação, fato que se acentua, sobremaneira, pela característica incorpórea dos arquivos digitais quanto ao seu conteúdo transmissor da mensagem em si. Veja-se que os dados coletados são sensíveis (p.ex., um

celular e/ou um computador podem ser facilmente “resetado”/manipulado, com a inserção ou retirada de dados), o motivo das informações poder ser facilmente manipulável. Portanto, se não houver uma pronta apreensão da prova tecnológica (cadeia) e custódia como forma a preservar a sua integralidade e ausência de violação, seguindo-se os passos delineados pela legislação, a prova perde sua credibilidade, devendo ser declarada nula ou inválida (equipara-se à prova ilícita). Com efeito, uma vez quebrada a cadeia de custódia da prova tecnológica, fato que atesta a impossibilidade do controle epistêmico da validade da prova, a consequência é a nulidade absoluta da prova e sua consequente retirada do processo, com a solução *favor rei*. Trata-se de uma consequência em que todos perdem, inclusive o ideal de justiça, que busca, no final, a correta e igual aplicação do direito.

## REFERÊNCIAS

- ALBRECHT, P.-A. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ANDRADE, M. F. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2012.
- ÁVILA, H. B. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 163, p. 50-59, set. 2008.
- ÁVILA, H. *Competências tributárias: um ensaio sobre a sua compatibilidade com as noções de tipo e conceito*. São Paulo: Malheiros, 2018.
- BADARÓ, G. H. *Processo penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- BELTRÁN, J. F. *Prova e verdade no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BELTRÁN, J. F.; VÁSQUEZ, C. (ed.). *Debatiendo com Taruffo*. Madri: Marcial Pons, 2016.
- BORDILLO, A. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: la defensa del usuario e del administrado*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014.
- BOVERO, M. *La protección supranacional de los derechos fundamentales y la ciudadanía*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 2 jun. 2020.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1511-MC/DF. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade. Requerentes: Partido Comunista do Brasil – PCdoB, Partido dos Trabalhadores – PT e Partido Democrático Trabalhista – PDT. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 16 de outubro de 1996. Brasília, DF. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur14976/false>. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 160.662/RJ. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Julgamento: 18 de fevereiro de 2014. Brasília, DF. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864482320/habeas-corpus-hc-160662-rj-2010-0015360-8/inteiro-teor-864482321>. Acesso em: 7 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 96864. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Redator do acórdão: Min. Marco Aurélio. Paciente: Dorotil de Aparecida Lima da Cruz. Impaciente: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF: 20 out. 2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2648329>. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz de garantias por tempo indeterminado*. Brasília, DF: Imprensa STF, 2020. Disponível em: [encurtador.com.br/hmCRT](http://encurtador.com.br/hmCRT). Acesso em: 7 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa de jurisprudência internacional. *Boletim*, Brasília, DF, n. 11, 7 nov. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/Pesquisa11Garantiacontraautoincriminacao.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 14*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230#:~:text=%C3%89%20direito%20do%20defensor%2C%20no,exerc%C3%ADcio%20do%20direito%20de%20defes>. Acesso em: 20 maio 2020.

CANOTILHO, J. J. G. et al. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2014.

CANOTILHO, J. J. G. et al. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

COSTA, D. E. A. da. Justiça, verdade e prova penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 161, p. 187-225, nov. 2019.

COUTINHO, J. N. M.; DE PAULA, L. C.; SILVEIRA, M. A. N. da (org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil 1-2: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália*. Curitiba: Observatório de Mentalidade Inquisitória, 2019.

DIDIER JR., F. et al. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: JusPodivm, 2017.

FERRAJOLI, L. *Escritos sobre derecho penal: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*. Buenos Aires: Hammurabi, v. 3, 2018.

FOUCALT, M. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987.

GLOECKNER, R. J. *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

ILLINOIS. Supreme Court. *Brown v. Illinois*. 422 U.S. 590 (1975). Chicago, Illinois, jun. 26, 1975. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1974/73-6650>. Acesso em: 20 maio 2020.

KAUFMANN, A. *Filosofia do Direito*. 4. ed. Tradução: António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

KHALED JR., S. H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 3. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020b.

KHALED JR., S. H. A produção analógica da verdade no processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 166-184, 2015.

KHALED JR., S. H. *Ambição de verdade no processo penal: uma introdução*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020a.

LOPES JÚNIOR, A. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2009.

LOPES JÚNIOR, A. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JÚNIOR, A. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MALAN, D. Métodos ocultos, devido processo e o enfrentamento à criminalidade organizada. In: BRITO CRUZ, F.; SIMÃO, B. (ed.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital: doutrina e prática em debate*. São Paulo: InternetLab, v. 4, 2021. *E-book*.

MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.

MATTOS, S. L. W. de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MIRZA, F. Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção da inocência e do *in dubio pro reo*. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 5, p. 540-559, 2010.

MITIDIERO, D. Direito fundamental ao processo justo. *Revista Lex Magister de Direito Civil e Direito Processual Civil*, Porto Alegre, v. 8, n. 45, p. 22-34, nov./dez. 2011.

OLIVEIRA, R. M. de. *Juízo e prisão: ativismo judicial no Brasil e nos EUA*. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.

PERFECTO, A. I. Sobre prueba y proceso penal. *Discusiones*, Alicante n. 3, a. 2003, p. 55-66, 2008. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcb2896>. Acesso em: 2 jun. 2020.

PRADO, G. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

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

REICHELTL, L. A. Direito ao processo justo e direitos fundamentais processuais. In: REICHELTL, L. A.; DALL'ALBA, F. C. (org.). *Primeiras linhas de direito processual civil*. Teoria geral do processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 1, 2016.

ROSA, A. M. da. A superação dos sistemas inquisitório e acusatório com exigência do devido processo legal substancial. In: PRADO, G.; MALAN, D. (org.). *Processo penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ROXIN, C. La ciência del derecho penal ante las tareas del futuro. In: ESER, A.; HASSEMER, W.; BURKHARDT, B. (org.). *La ciência del derecho penal ante el nuevo milênio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004.

SANTORO, A. E. R.; TAVARES, N. L. F.; GOMES, J. de C. O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 605-632, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.76>. Acesso em: 7 jun. 2020.

SHAH, M. S. M. B.; SALEEM, S.; ZULQARNAIN, R. Protecting digital evidence integrity and preserving chain of custody. *Journal of Digital Forensics, Security and Law*, Daytona Beach, v. 12, n. 2, p. 120-130, 2017.

SILVA JÚNIOR, W. N. da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TARUFFO, M. Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. *Discusiones*, Alicante n. 3, a. 2003. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmckk9s2>. Acesso em: 2 jun. 2020.

TARUFFO, M. *Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017a.

TARUFFO, M. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002.

TARUFFO, M. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005.

TARUFFO, M. Prólogo da edição espanhola. In: BELTRÁN, J. F. *Prova e verdade no direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2017b.

TARUFFO, M. *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.

TAVARES, A. R. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TAVARES, J.; CASARA, R. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TEXAS. Court of Appeals. Fourteenth District. *Kaupp v. Texas*. 538 U.S. 626 (2003). Texas, 5 maio, 2003. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/2002/02-5636>. Acesso em: 21 maio 2020.

TIEDEMANN, K. O direito processual penal. In: ROXIN, C.; ARZT, G.; TIEDEMANN, K. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

Submissão em: 16.11.2021

Avaliado em: 15.09.2022 (Avaliador A)

Avaliado em: 08.06.2023 (Avaliador B)

Avaliado em: 14.06.2023 (Avaliador C)

Aceito em: 16.06.2023