

QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA NA OPERAÇÃO OURO VERDE: A PRESERVAÇÃO DAS FONTES DE PROVA PENAL E SUA CONFIABILIDADE¹

Maria Alice dos Santos Severo²

RESUMO

O presente artigo analisa os riscos que derivam da quebra da cadeia de custódia da prova penal, em especial, na operação Ouro Verde, deflagrada em março de 2007 pela Polícia Federal, na qual foi verificada violação no material coletado após sua apreensão. Com o estudo das diferenças entre provas ilícitas e ilegítimas, verificam-se os efeitos do reconhecimento da ilicitude da prova ou, por vezes, a admissibilidade processual da prova ilícita em nome do princípio da proporcionalidade. Através da finalidade da cadeia de custódia, verificou-se que após a apreensão do material coletado é necessário impedir a sua manipulação indevida, com vistas a obter a melhor qualidade da decisão judicial e impedir uma decisão injusta. Por fim, foi possível constatar que diante da manifesta quebra da cadeia de custódia no caso em apreço, tal elemento torna-se inconfiável, não possuindo nenhum valor probatório para o processo.

Palavras-chave: Quebra da cadeia de custódia. Operação Ouro Verde. Provas ilícitas. Preservação da prova. Garantias de defesa.

1 INTRODUÇÃO

A prova é elemento fundamental para embasar uma decisão no sistema judicial brasileiro, visto que dela é que se poderão extrair conclusões a respeito da

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso elaborado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, aprovado com grau máximo pela banca examinadora composta pelos professores Me. Alexandre Wunderlich (orientador), Me. Felipe Cardoso Moreira de Oliveira e Me. Rogério Maia Garcia, em 29 de junho de 2015.

² Acadêmica do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Contato: msa.severo@hotmail.com.

ocorrência, ou não, de fato expressamente previsto como ilícito. O objetivo da monografia está calcado na discussão acerca da preservação das fontes de prova, através da análise de caso da Operação Ouro Verde, deflagrada pela Polícia Federal, em março de 2007.

Um dos questionamentos que artigo se propõe a abordar trata, em linhas gerais, da problemática relativa aos elementos em que o juiz poderá fundamentar uma sentença penal: se toda e qualquer informação, independente de local onde foi coletada, das circunstâncias de sua obtenção, de quem a forneceu ou de como foi obtida, pode ser valorada em uma sentença penal.

Num primeiro momento, tratamos da análise das provas no processo penal, as quais desempenham uma função muito bem definida, a saber: a reconstrução da realidade histórica, sobre a qual se pronunciará a certeza quanto à verdade dos fatos, para fins de formação da coisa julgada. A matéria probatória está calcada em instrumentos recognitivos e persuasivos. As provas servem, também, para obter a captura psíquica do julgador. A alteração das fontes contamina os meios e a não preservação da prova afeta sua credibilidade. A preservação das fontes de prova, através da manutenção da cadeia de custódia, situa a discussão no campo da “conexão de antijuridicidade da prova ilícita”, consagrada no artigo 5º, inciso LVI da Constituição, acarretando a inadmissibilidade da prova ilícita.

Num segundo momento, passamos a análise específica da cadeia de custódia da prova, aplicando os conceitos trabalhados tanto com relação ao direito de produção de prova bem como com o reconhecimento da ilicitude decorrente da quebra da cadeia. O processo penal assenta-se na premissa da presunção da inocência e deve ser regido pelo princípio *nulla poena sine iudicio*, ou seja, da imprescindibilidade do processo, mas não de qualquer processo e sim de um processo regular, adequado, segundo as regras, e em especial com relação à admissibilidade das provas, da sua produção e valoração.

O Código de processo penal preocupa-se com a fidedignidade da prova a ser colhida, pois estabelece, no artigo 6º, inciso I, que a Autoridade Policial deverá dirigir-se ao local do fato, providenciando para que não se alterem o estado e a conservação das coisas até a chegada dos peritos criminais. De igual modo, o

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

O artigo buscará identificar quais elementos podem ser considerados a título de prova no âmbito penal, verificar quais as características que a prova deve conter obrigatoriamente, para que possa ser admitida como motivo para fundamentação das alegações das partes e da motivação do juiz, dizer de que maneira se deve produzir a prova, mencionando o comportamento que as pessoas responsáveis por ela devem adotar, verificar quais os vícios que podem ser encontrados nos elementos probatórios, e as consequências que advêm desse reconhecimento, informando de que maneira a prova deve ser encarada, e de que forma deve induzir ao reconhecimento de uma situação.

No comum das vezes, as perícias visam auxiliar o juízo penal, figurando os peritos entre os auxiliares da justiça (código de processo penal, título VIII). O exercício da jurisdição conforma-se ao direito fundamental ao devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), compreendendo todas as garantias legais oferecidas aos litigantes, dentre elas o direito ao contraditório e à ampla defesa – esta de status constitucional – e a motivação de todas as decisões judiciais.

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

2 A PRESERVAÇÃO DAS FONTES DE PROVA PENAL ATRAVÉS DA MANUTENÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA E SEU JUÍZO VALORATIVO

2.1 A TRAJETÓRIA DA OPERAÇÃO “OURO VERDE”

Meados de março de 2007 foi deflagrada pela Polícia Federal a denominada “Operação Ouro Verde”, que, posteriormente, levou a instauração da Ação Penal que atualmente tramita sob o número 2007.71.00.001796-5. O objeto da ação consiste na criação de um Banco Paralelo chamado “TOUR EXPORT”, por via do qual se realizavam operações de câmbio sem autorização através, portanto, de canais informais valendo-se de contas no exterior (empresas NESLER, DAWER e TREMBLEY³), das quais eram remetidas importâncias às contas dos clientes e de terceiros fora do Brasil.

Durante a deflagração, foi localizado o disco rígido de marca FUJITSU, modelo MHV2040AH, número de série NT26T572GRAN, que estava instalado no notebook, marca DELL, modelo PP10S, de Alfredo Timm de Souza, sendo ele o responsável pela elaboração e manutenção do sistema computacional utilizado pelo Banco Paralelo. Desta forma, acusa-se o Consultante de haver, por meio de canais financeiros informais, remetidos valor *do* ou *para* o exterior sem autorização legal, identificando-se o denunciado como responsável pelas operações financeiras intituladas “GLOBAL”, “NH GLOBAL”, “ANDERSON” e “ANDERSON II”.

Verificou-se, no decorrer da instrução, que o computador encontrado com Alfredo Timm de Souza fora violado, sem qualquer registro de sua indevida abertura na Polícia Federal, configurando a quebra da cadeia de custódia, desrespeitando-se os cuidados de preservação da integridade da prova. A defesa, em memoriais, alegou, em sede preliminar, a imprestabilidade da prova por violação de sua fidedignidade; no mérito, argumentou a não ocorrência do crime de evasão de divisas.

A sentença não acolheu o pedido preliminar de exclusão da prova, reproduzindo os termos da decisão Gedpro nº 6612095 da Ação Penal Principal nº 2007.71.01796-5 na qual se reconhece a existência de falhas no manuseio e

³ REALE JR. Miguel. **Parecer** apresentado na **Apelação Criminal n. 0009281-90.2008.404.7100/RS**, p. 6-7.

conservação da mídia em questão, porém considera não ser caso de exclusão da prova. Desta forma, o consulente foi absolvido relativamente às operações ocorridas entre 05/01/2001 e 25/08/2002 em vista da ausência das Planilhas “P1” e “P2”, porém, condenado por remessa de divisas havidas entre 02/09/2002 e 22/02/2005.⁴ Em grau recursal – apelação – reconheceu-se ter havido acesso direto à mídia antes da realização do espelhamento técnico. Porém, dado o curto espaço de tempo para que ocorressem modificações substanciais na prova coligidas, dá indícios de que nenhuma alteração substancial foi realizada pela Autoridade Policial.

Em síntese, esta é a trajetória processual percorrida e os principais elementos relevantes para o debate da questão proposta no presente trabalho, qual seja: a falta de fidedignidade e não admissibilidade da prova que lastreia a condenação, as Planilhas “P1”, “P2” e “TSC” extraídas a partir do computador violado em acesso indevido.

2.2 TEORIA GERAL DA PROVA E GARANTIAS DE DEFESA NO PROCESSO PENAL: O DIREITO À LIVRE PRODUÇÃO DE PROVA.

As mudanças e aperfeiçoamentos havidos no Direito Penal não podem ser dissociadas da evolução do sistema probatório. Na era primitiva, a desobediência às tradições e costumes da sociedade configurava infração que implicava, então, “na punição do infrator, gerando assim o que modernamente denominamos ‘crime’ e ‘pena’”.⁵ O interesse em preservar a paz era latente, bem como o de possibilitar a vingança do ofendido. A respeito da primeira forma de considerar a prova como elemento valorativo, leciona José Henrique Schaefer Martins que⁶: “nos povos antigos, a noção de prova passou a se registrar, não obstante predominasse o sentido místico, com a sujeição dos pretensos infratores e provocações cruéis

⁴ Pena de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, entendendo ter havido remessa de divisas continuada, fulcro no artigo 71 do Código Penal.

⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1988, p. 38, vol. 1.

⁶ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prova Criminal: retrospectiva histórica, modalidades, valoração, incluindo comentários sobre a Lei 9.296/96**. Curitiba: Juruá, 1996, p. 28.

diversas e, caso os suportassem estaria provada a inocência. Esses procedimentos se denominavam juízo dos deuses ou ordálias”.

Mesmo a Inquisição instituiu o sistema de prova legal que, conforme Maria Thereza Rocha de Assis Moura⁷: “se caracteriza pela vinculação do Juiz a determinadas regras formais prefixadas, por força das quais a condenação deveria ser, obrigatoriamente, pronunciada, qualquer que fosse o convencimento moral do magistrado”.

No Brasil, o preceito da presunção de inocência⁸ foi repisado na Constituição Imperial de 1824 – como em posteriores -, ressurgindo com mais força na Magna Carta de 1988. Portanto, nos tempos modernos, o julgador tem à disposição o livre convencimento, mas obrigatoriamente deve fundamentar sua sentença, explicitando e indicando a(s) prova(s) coligida(s) – sendo vedado valer-se de prova ilícita.⁹ Quando se fala das finalidades do processo penal, na versão de Jorge de Figueiredo Dias¹⁰: “pretende-se alguma coisa mais que obter a resposta que decorre de sua consideração ao lado do direito penal, pretende-se obter um critério de valor adequado à interpretação das normas e à solução dos concretos problemas jurídico-processuais”. Ressalta Antonio Scarance Fernandes que¹¹:

A regra genérica destinada a assegurar a garantia do devido processo legal, posta como uma “garantia inominada”. Serve para que, por meio de construções doutrinárias e jurisprudenciais, se dê assento constitucional a garantias não expressas. O mesmo sucedeu entre nós com a

⁷ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 13.

⁸ A declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 03 de novembro de 1789, decorrente da Revolução Francesa, em seu artigo 9º instituiu o preceito da presunção de inocência, valoroso instituto que se insere em normas constitucionais. Art. 9º: Todo homem é presumido inocente até ser declarado culpado. No caso de se julgar indispensável sua prisão, qualquer excesso desnecessário para se assegurar de sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei.

⁹ Sobre o tema, ressalta MARTINS, Jorge Henrique Schaefer, em **Prova Criminal: retrospectiva histórica, modalidades, valoração, incluindo comentários sobre a Lei 9.296/96**. Curitiba: Juruá, 1996. p. 32, que: “não esté o juiz vinculado ao relative grau de importância de uma ou de outra prova, visto serem admitidas inúmeras modalidades probantes, sendo-lhe dada inteira liberdade na apreciação, máxime não ser incomum a presença de provas conflitantes de igual valor”.

¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Universidade de Coimbra, 1988, p. 20-21.

¹¹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5ª ed. Rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 48.

constituição de 1988, no artigo 5º, inciso LIV, declarou que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Neste quadro amplo insere-se o devido processo penal, que examina as mesmas garantias do devido processo legal em face do processo penal. No plano jurídico, como afirma Guilherme de Souza Nucci, a prova cuida-se, particularmente, da demonstração evidente da veracidade ou autenticidade de algo. Vincula-se à ação de provar, cujo objetivo é tornar claro e nítido ao juiz a realidade de um fato, um acontecimento ou episódio.¹² Sobre o tema, Nicola Framarino dei Malatesta ressalta¹³: “a verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade; certeza é a crença nessa conformidade, provocando um estado subjetivo do espírito ligado a um fato, ainda que essa crença não corresponda à verdade objetiva”.

O mais importante é o estudo das características da prova coletada para que, numa análise minuciosa, se possa extrair conclusões a cerca de sua validade ou posterior invalidação. A prova judicial merece profunda atenção, visto que deverá atender aos princípios do devido processo legal¹⁴ – observância do procedimento específico -, e do contraditório – propiciando-se a ambas as partes os mesmos direitos no tocante à produção de provas. Os elementos colhidos devem ser interpretados atentando-se à forma processual, estabelecendo critérios de validade e influência no julgamento da causa.

Partimos do princípio de que a Constituição da República Federativa do Brasil, datada de 1988, regula princípios basilares, objetivando a igualdade das partes, bem como a validade e a (possível) invalidade da prova. Através do respeito aos princípios constitucionais e legais, deve-se buscar elementos que demonstrem a necessidade da prova para a apuração da realidade do fato – levando-se em conta as imperfeições ou imprecisões, pois decorrente de obra ou informação de seres humanos.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. com a obra “O valor da confissão como meio de prova no processo penal”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 16.

¹³ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em material criminal**. Trad. Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 1960, p. 22.

¹⁴ MARTINS, 1996, p. 17.

Com relação à garantia de defesa, leciona Luiz Francisco Torquato Avolio¹⁵: “se o escopo do direito de ação e de defesa é o de dar ao interessado uma adequada oportunidade de interferir sobre o desenvolvimento e o êxito do julgamento, pareceria evidente que o exercício concreto desse direito seja essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de servir-se dos instrumentos apropriados, as provas, com as quais se procura verificar aquele determinado evento”. Ressalta, ainda, que: “a melhor opção hoje é a liberdade probatória”¹⁶, delimitada pelas diretrizes anteriormente mencionadas. Resumidamente, como afirma Peters¹⁷:

As regras de produção de provas são ordenações do processo que devem possibilitar e assegurar a realização da prova. Elas visam dirigir o curso da obtenção da prova sem excluir a prova. As regras de produção da prova têm assim uma tendência oposta à proibição de provas. Do que aqui se trata não é de estabelecer limites à prova como sucede com as proibições de prova, mas apenas de disciplinar os processos e modo como a prova deve ser regularmente levada a cabo.

A função da prova é, essencialmente, demonstrar que um fato existiu e de que forma existiu ou como existe e de que forma existe. É uma tarefa reconstrutiva. Desta forma, o objeto da prova é um só “a demonstração em juízo de um fato perturbador ou violador de um direito”.¹⁸

2.2.1 O Contraditório judicial como essência da prova

A palavra “prova” – do latim *probatio* - no âmbito do processo penal passou a ser empregada, conforme ressalta Nereu José Giacomolli¹⁹, para designar tudo o que ela diz respeito: meios utilizados para demonstração dos fatos; atividade utilizada pelas partes para levar ao processo os meios de prova, designando, também o resultado do procedimento probatório, ou seja, o próprio convencimento

¹⁵ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 35

¹⁶ AVOLIO, 2010, p. 32.

¹⁷ PETERS, K. *Strafprozess. Ein Lehrbuch*, 3. Aufl., Heidelberg, 1981. p. 280 apud ANDRADE, Manuel da costa. **Sobre as proibições de Prova em Processo Penal**, p. 85.

¹⁸ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 5.

¹⁹ GIACOMOLLI, 2008, p. 20.

que o magistrado externa.²⁰ O poder punitivo do Estado apenas encontra legitimação na observância dos princípios do devido processo legal e da presunção de inocência, que não podem ser assegurados sem que se disponibilize, a ambas as partes, o conhecimento integral das fontes de prova.²¹

A prova não é da acusação ou da defesa, é do processo.²² O que distingue o processo dos demais procedimentos é o contraditório.²³ É sabido que o Processo Penal conta com algumas peculiaridades, dentre as quais se ressalta, para fins desta discussão, a principal: presunção de inocência do imputado. Portanto, parte-se da premissa de que a prova “é o que foi produzido sob o crivo do contraditório”.²⁴

Em verdade, afirma a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Assusete Magalhães, que “os direitos fundamentais acentuam a importância de se reconhecer que os indivíduos, antes de terem deveres perante o Estado, têm direitos a serem respeitados e assegurados”²⁵. Estes direitos têm, como características, a posição de supremacia na ordem jurídica e, portanto, a impossibilidade de sua supressão. Por força do seu dever de imparcialidade, o juiz coloca-se entre as partes, porém distante. O princípio do contraditório, desta forma, corresponde ao princípio da igualdade das partes, dentro do processo²⁶.

O Pacto de São José da Costa Rica dispõe em seu artigo 8º, números 1 e 2, alínea c, afirma que: “toda a pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente,

²⁰ DENTI, V. “**Scientificità della prova e libera valutazione del giudice**”, em Revista Diritto e Processo, 1972, p. 414.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa, 25 anos. Ministra Assusete Magalhães. **Quebra de sigilo de dados e das comunicações telefônicas: O dever estatal de preservação da fonte de prova**. Brasília, 2014, p. 523.

²² Da mesma forma, manifesta-se ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 32, dizendo que: “no campo penal não há prova pertencente a uma das partes, mas sim o ônus de produzi-la. Toda a prova produzida integra um campo unificado, servindo a ambos os litigantes e ao interesse da justiça”.

²³ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p. 120. “Pode-se falar em processo quando em uma ou mais fases do iter de formação de um ato há a participação, não só de seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório”.

²⁴ GIACOMOLLI, 2008, p. 21.

²⁵ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa, 25 anos. Ministra Assusete Magalhães. **Quebra de sigilo de dados e das comunicações telefônicas: O dever estatal de preservação da fonte de prova**. Brasília, 2014 p. 508.

²⁶ GIACOMOLLI, 2008, p. 32.

independente e imparcial (...) Toda pessoa acusada terá direito a concessão do tempo e dos meios necessários a preparação de sua defesa”.

Isto reafirma a necessidade de se promover a igualdade entre acusação e defesa, desde o início da persecução penal. Nas lições de Alberto M. Binder, o direito de defesa está intimamente ligado ao conceito de inviolabilidade do direito penal, afinal, a constituição federal tem preocupação de proteger o indivíduo e evitar o eventual uso arbitrário do poder penal, nos seguintes termos²⁷:

El derecho de defensa cumple, dentro del proceso penal, un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás. Por ello, el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal.

Assevera Aury Lopes Júnior que²⁸: “o contraditório é uma abertura necessária para evitar a manipulação da prova por parte do juiz (ainda que inconscientemente)”. Sua ausência, além de constituir uma grave e insanável violação à forma (garantia) do processo, como afirma Franco Cordero²⁹: “faz com que se abram portas ao pensamento paranóide, pois como dono do tabuleiro (juiz) inquisidor dispõe das peças como lhe convém: a inquisição é um mundo verbal semelhante ao onírico, onde tempos, lugares, coisas, pessoas e acontecimentos flutuam e se movem em quadros manipuláveis”.

Desta forma, incumbe ao magistrado garantir um terreno propício à verificação e refutação das teses de defesa, salvaguardando o caráter dialético do processo.³⁰ Neste sentido, assevera Geraldo Prado³¹ que “a defesa tem o direito

²⁷ BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires, Argentina: Ad Hoc S.R.L., 2002, p. 155.

²⁸ LOPES JR., 2011, p. 540.

²⁹ CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*, v. 1, pg. 23.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa, 25 anos. Ministra Assusete Magalhães. **Quebra de sigilo de dados e das comunicações telefônicas: O dever estatal de preservação da fonte de prova**. Brasília, 2014, p. 525.

³¹ PRADO, Geraldo. Parecer apresentado em memorial no HC 160.662, no STJ, p. 18-19 *apud* Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa, 25 anos. Brasília, 2014. Ministra Assusete Magalhães. **Quebra de sigilo de dados e das comunicações telefônicas: O dever estatal de preservação da fonte de prova**, p. 526.

de conhecer a totalidade dos elementos normativos para rastrear a legalidade da atividade persecutória, pois de outro modo não tem condições de identificar as provas ilícitas; o juízo do Ministério Público sobre a infração penal supostamente praticada pelo acusado e assim repudiar os excessos e/ou acusações infundadas; e por derradeiro, para preparar-se para produzir a contraprova”.

Com efeito, à luz do Estado de Direito, o conjunto de informações submetidas ao contraditório, no processo penal, deve ser completo, não cabendo a autoridade proceder à seleção do material colhido. A ausência de salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação mostra-se lesiva ao direito à prova, gerando prejuízo da garantia da paridade de armas.

2.2.2 A distribuição do ônus da prova e a iniciativa probatória do juiz

No atual sistema processual penal brasileiro, formado pelo contraditório e pela igualdade entre as partes (“paridade de armas”), a distribuição dos ônus probatórios deveria seguir as mesmas linhas de isonomia. Entretanto, por qualquer ângulo analisado, deve-se ter em mente a exigência constitucional da inocência do réu³². Conforme dispõe o artigo 5º, inciso LVII da Magna Carta³³, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, entende-se que a transferência de todo o ônus probatório é atrelado à acusação³⁴. Com relação ao tema, afirma Eugênio Pacelli que³⁵ “cabe à acusação, diante do princípio d inocência, a prova quanto à materialidade do fato

³² “Um dos efeitos processuais do estado de inocência é de cunho probatório e impõe, à acusação, o ônus da prova quanto à existência e autoria dos fatos imputados ao acusado na exordial acusatória (artigo 156 do CPP)”. (Ap. 0365512-34.2009.8.19.0001/RJ, 8ª Câ. Crim., j. 03.08.20011, rel. Cláudio Tavares de O. Junior.).

³³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

³⁴ Sobre o tema, NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**, 2011, p. 26: “destaque-se, desde logo, haver solução para o conflito aparente entre o ônus da prova e a presunção de inocência do réu. Este é considerado inocente até prova em contrário, resumida por sentença penal condenatória, com trânsito em julgado”.

³⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 17ª ed. atual. de acordo com as Leis nº 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760 todas de 2012**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 326.

(sua existência) e de sua autoria, não se impondo o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente da ilicitude ou mesmo da culpabilidade”.

Não é o caso, contudo da redação do artigo 156, inciso I do Código de Processo Penal (dada pela lei 11.690/08) – onde encontramos o cerne do ônus da prova -, ao prever que poderá o juiz, de ofício “ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”.³⁶ A rigor, o juiz não tutela nem deve tutelar a investigação pois a sua jurisdição inicia apenas na apreciação da peça acusatória (artigo 395 e 396, do Código de Processo Penal). Por isso, afirma Fernando da Costa Tourinho Filho que³⁷: “o juiz não pode desigualar as forças produtoras da prova no processo, sob pena de violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ambos reunidos na exigência de igualdade e isonomia”.

O ônus da prova, definido por Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, é³⁸ “um estímulo às partes. O risco de uma decisão desfavorável, pela não observância do ônus da prova, exerce uma pressão psicológica, instigando as partes provar os fatos necessários para a obtenção de uma decisão favorável”.

Com relação à “obrigação de provar”, afirma Carl Joseph Anton Mittermaier³⁹:

Quando muito, dir-se-á seria possível haver a questão quanto ao processo por via de acusação; aí aparece um acusador articulando os fatos, procurando a satisfação de seus direitos lesados, e fazendo frente à parte a quem acusa de modo que todo o processo consiste em combate singular entre os dois; de modo que, esforçando-se cada um por atrair a si as convicções do juiz, é também cada um forçado a dar a prova ou a contraprova, e a absolvição se torna a consequência necessária da prova não produzida pelo acusador. Porém no processo por inquirição não se

³⁶ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

³⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal: principalmente em face da constituição de 5.10.1988**. 13ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1922, p. 213.

³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 194

³⁹ MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. 2ª Tiragem. 1997. Bookseller Editora e Distribuidora. Traduzido por Herbert Wuntzel Heinrich. Rheims, França, p. 119

trata simplesmente de provar a acusação; vê-se aí um magistrado, que tem do poder social a missão de investigar a verdade, guiado pela dúvida.

No cenário das provas, o ônus termina por representar um dever, caso se entenda este fator como a obrigação de demonstrar a verdade do alegado, sob pena de não convencer o juiz e, com isso “perder” a demanda.⁴⁰

Assim, podemos afirmar que, teoricamente, a parte que bem desempenhar seu ônus (encargo), produzindo as provas pertinentes, cabíveis e adequadas, terá maior chance de obter triunfo na ação penal. Não se mostra o melhor conceito afirmar sobre “ônus da prova” em sede de processo penal, porque não se trata, conforme afirma Augusto Jobim do Amaral, ressaltando a visão de James Goldschmidt, de uma divisão e sim de uma atribuição da carga da prova ao acusador, diferentemente do que se passa no processo civil, apontando⁴¹: “uma visão complexa que leve em conta a situação jurídica do processo penal como fez James Goldschmidt, autoriza a pontuar a existência de chances que permitem possibilidades de que sejam obtidas futuras vantagens processuais para a defesa no momento da decisão. Não se trata de nenhum dever, podendo ou não “assumir riscos” no exercício de seu direito subjetivo de provas em vista de uma sentença favorável”.

2.2.3 Princípio da Livre Apreciação da prova ou do Livre Convencimento Motivado

A palavra *prova*, no processo penal, passou a representar tudo o que a ela pertine. Conforme afirma Nereu José Giacomolli, os meios empregados na demonstração dos fatos ou do “*thema probandum*”, a atividade utilizada pelas partes para levar ao processo os meios de prova, bem como o próprio resultado do procedimento probatório, todos influenciam o convencimento exteriorizado pelo

⁴⁰ NUCCI, 2011, p. 25

⁴¹ DO AMARAL, Augusto Jobim. **Faces da Evidência: Regimes da Prova no Processo Penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminas. Ano 20, vol. 98. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012, p. 297-298.

jugador.⁴² Nas lições de Alberto M. Binder, temos que o processo penal deve ser estruturado conforme princípios e visa principalmente, evitar toda a manipulação do juiz, para que este aja de forma imparcial. Senão vejamos⁴³:

Para comprender esta cláusula constitucional, hay que tener cuenta que todo proceso penal estructurado conforme a los principios republicanos tiene una suerte de “obsesión”: evitar toda posible manipulación política del juicio y lograr que ese juicio sea verdaderamente imparcial. La legitimidad social que procura el juicio penal se basa esencialmente en la imparcialidade.

Abrangendo estes conceitos, o princípio do “livre convencimento motivado” surge com uma superação do modelo de prova tarifada ou tabelada⁴⁴ e do princípio da íntima convicção, sendo, entre eles, um sistema intermediário. Afirma Aury Lopes Júnior que⁴⁵: “como um sistema intermediário em relação ao radicalismo dos dois anteriores, o livre convencimento motivado ou persuasão racional, é um importante princípio a sustentar a garantia da fundamentação das decisões judiciais, estando previsto no artigo 157 do CPP”.

Desta forma, igualmente, não significa que o juiz possa substituir a prova em sentido jurídico pela prova em sentido moral. Então, a decisão de um juiz apenas pode ser considerada legítima quando calcada na prova produzida no processo.⁴⁶ Significa que há uma limitação ao que está nos autos e que lá regularmente tenha ingressado, que se revista da qualidade de “ato de prova”, ou seja, colhida a fase processual, com a observância do princípio da

⁴² GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 172.

⁴³ BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires, Argentina: Ad Hoc S.R.L., 2002. p. 141.

⁴⁴ Sobre o tema, disserta Aury Lopes Júnior, em sua obra “**Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**” de 2011. p. 542: “Que no sistema legal de provas o legislador previa a priori, a partir da experiência coletiva acumulada, um sistema de valoração hierarquizada da prova (estabelecendo uma tarifa probatória ou tabela de valoração das provas). Era chamado de sistema legal de provas, exatamente porque o valor vinha previamente definido em lei, sem atentar para as especificidades de cada caso”.

⁴⁵ LOPES JR., 2011, p. 544.

⁴⁶ “Em matéria de sistemas de valoração de provas, nosso Diploma Processual Penal adotou o livre convencimento motivado, pelo qual o Juiz tem ampla liberdade na apreciação valorativa de qualquer prova produzida”. (ap. 0027349-44.2009.8.19.0038/RJ, 4ª Câ. Crim., j. 02.08.2011, rel. Gizelda Leitão Teixeira).

jurisdicionalidade.⁴⁷ Ressalta Eugenio Pacelli que⁴⁸: “o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente”. Porém, embora livre para formar o seu convencimento, deverá declinar as razões que o levar a optar por tal ou qual prova. A posição de Aury Lopes Júnior sobre o tema ressalta que na formação do seu livre convencimento, o juiz jamais deve assumir a posição de “juiz-ator”⁴⁹:

Seu convencimento deve ser formado a partir do que lhe é trazido e não do que ele busca, pois o juiz foi ontologicamente concebido para ser um “ignorante”, ele ignora os fatos e as provas, e isso é fundamental para a estrutura do processo acusatório, cabendo às partes trazer-lhe a informação e os elementos de convicção. (...) Em definitivo, o livre convencimento motivado é, na verdade, muito mais *limitado* do que livre. E assim deve sê-lo, pois se trata de poder e, no jogo democrático do processo, todo o poder tende a ser abusivo. Por isso, necessita de controle.

Leciona Jorge de Figueiredo Dias que⁵⁰: “uma coisa é certa desde logo: o princípio não pode de modo algum querer apontar para uma apreciação imotivável e incontrolável – e portanto arbitrária – da prova produzida. Se a apreciação da prova é, na verdade, discricionária, tem evidentemente esta discricionariedade os seus limites que não podem ser licitamente ultrapassados: a liberdade de apreciação da prova é, no fundo, uma liberdade de acordo com um dever”.

Em suma, conforme a afirmação de Franco Cordero relacionando os conceitos citados até agora, temos a certeza de que: “os processos são máquinas retrospectivas que se dirigem a estabelecer se algo ocorreu e quem o realizou, cabendo às partes formularem hipóteses e ao meramente subjetiva ou imotivada.

2.3 SISTEMAS DE NULIDADES E A ATIPICIDADE DA PROVA

O ordenamento jurídico, segundo afirma Santi Romano: “é uma organização complexa ligando, através de numerosos mecanismos e

⁴⁷ LOPES JR., 2011, p. 545.

⁴⁸ PACELLI, 2013, p. 330.

⁴⁹ LOPES JR, 2011, p. 546-547.

⁵⁰ DIAS, 1988, p. 138-139.

engrenagens, a autoridade e a força, que produzem, modificam, aplicam e garantem a norma jurídica”⁵¹. Para Luiz Francisco Torquato Avolio construção da tipicidade legal independe da existência de uma sanção processual, bastando a reunião dos elementos para se deduzir uma consequência processual.⁵²

O que se pode afirmar, no mínimo, é que o ingresso da prova ilícita no processo – *contra constitutionem* – importa na nulidade absoluta da prova, que não podem ser tomadas como fundamento por nenhuma decisão judicial.⁵³ A prova ilícita não deve ser considerada como existente, retroagindo a sua ineficácia ao momento em que nasceu. Se, por acaso, vem a ser admitida e produzida no processo (ou até, por vezes, valorada na sentença), o Tribunal, em grau de recurso, deverá desconsiderá-la.⁵⁴ Desta forma, se a questão da ilicitude da prova foi suscitada em primeiro grau, o julgamento do recurso implica na devolução do conhecimento integral da causa ao tribunal.⁵⁵

2.4 DISTINÇÃO ENTRE PROVA ILÍCITA E PROVA ILEGÍTIMA - CONEXÃO DE ANTIJURIDICIDADE DA PROVA ILÍCITA (ARTIGO 5º, INCISO LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

A Magna Carta estabelece, em seu artigo 5º, inciso LVI, serem “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.⁵⁶ Manifestando-se sobre o tema, Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha afirma⁵⁷:

⁵¹ SANTI ROMANO. **L’ordenamento giuridico**. 1946, p. 15.

⁵² AVOLIO, 2010, p. 104.

⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal, Novas tendências do direito processual**, 1990, p. 60.

⁵⁴ AVOLIO, 2010. p. 110.

⁵⁵ Luiz Francisco Torquato Avolio, em sua obra “**Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas.**” de 2010, p. 110: “Em outros casos, se a sentença transitada em julgado baseou-se na prova ilícita, poderá ser decretada em revisão criminal a sua nulidade, em face da inexistência da prova. Em se tratando de habeas corpus, o Tribunal deverá anular a sentença, indicando as provas viciadas e determinando seu desentranhamento, o mesmo se aplicando à sentença de pronúncia”.

⁵⁶ Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

⁵⁷ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 33.

Logo, prova proibida, conceito genérico, é toda aquela que é defesa, impedida mediante uma sanção, impedida que se faça pelo direito. A que deve ser conservada à distância pelo ordenamento jurídico. Por ser proibida, ofende, molesta, opõe-se ao direito. Ocorre que as normas de direito podem ser de natureza material ou processual e, em consequência, a ofensa possível de ser produzida pode atingi-las em conjunto ou separadamente. Em outras palavras: a ofensa ao direito pode ser quanto à obtenção da prova (como foi colhida), molestando, destarte, uma norma de direito material.

Por força de preceito constitucional (artigo 5º, inciso LVI, CF), são proibidas em qualquer processo, seja ele judicial ou administrativo, todas as provas cuja colheita ou obtenção tenham como origem um meio ilícito. O constituinte utilizou a expressão “ilícito” em sentido genérico, pois não poderia esquecer as outras formas de expressão do direito, ficando limitado à lei.⁵⁸ O ilícito abrange toda e qualquer ofensa à Constituição Federal, por óbvio, e à legislação em geral.⁵⁹ Com relação à diferenciação entre prova ilícita e prova ilegítima, o mesmo autor ressalta⁶⁰: “quando a prova proibida afrontar uma norma de direito material falamos em ‘prova ilícita’; quando colidir com uma de direito instrumental, chamamos de ‘prova ilegítima’.”.

Luiz Francisco Torquato Avolio, traz uma interessante distinção entre os institutos de provas ilícitas e provas ilegítimas, unindo a prova ilegítima ao direito processual e, por consequência, a prova ilícita com o direito material⁶¹:

É possível distinguir, perfeitamente, as provas ilícitas das provas ilegítimas. A prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual. Assim, veremos que alguns dispositivos da lei processual penal contêm regras de exclusão de determinadas provas como, por exemplo, a proibição de depor em relação a fatos que envolvam o sigilo profissional (art. 207 do CPP brasileiro); ou a recusa de

⁵⁸ Sobre o tema, ressalta Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha em sua obra “**Da prova no Processo Penal**”, 1994, p. 51-52 que: “O constituinte não poderia olvidar a moral, o costume e os princípios gerais de direito, fixando-se apenas na lei. O sentido é amplo, significando contra o direito em sua integridade. Todavia, o legislador constituinte teria sido mais feliz se falasse em prova obtida por meio contrário ao direito ou à moral. Em resumo: por força do preceito constitucional (artigo 5º, inciso LVI da CF) e pela lei processual civil (artigo 322), aplicada esta supletivamente ao processo penal, são proibidas as provas obtidas contra a lei, afrontadoras dos costumes, contrárias à moral e aos bons costumes, bem como as ofensivas aos princípios gerais do direito”.

⁵⁹ NUCCI, 2011, p. 33.

⁶⁰ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 33.

⁶¹ AVOLIO, 2010, p. 51.

depor por parte de parentes e afins (art. 206). A sanção para o descumprimento dessas normas encontra-se na própria lei processual. Então, tudo se resolve dentro do processo, Segundo os esquemas processuais que determinam as formas e as modalidades de produção da prova, com a sanção correspondente a cada transgressão, que pode ser uma sanção de nulidade. Diversamente, por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material – sobretudo de direito constitucional, porque a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade da pessoa humana.

Outra distinção também pode ser feita, aludida por Ada Pellegrini Grinover que ressalta: “enquanto na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo, a prova ilícita pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, anterior ou concomitante ao processo”⁶². Pertinente destacar excerto do voto proferido no julgamento do HC 149.520, pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Adilson Macabu, que anulou provas obtidas na denominada Operação Satiagraha, citando lição doutrinária do Ministro Luís Roberto Barroso, que pontuou⁶³:

A observância dos princípios processuais não significa a busca da impunidade e nem mesmo um incentivo à criminalidade. Se o Estado estiver devidamente aparelhado este conseguirá por meio de procedimentos lícitos produzir as provas necessárias que possam demonstrar a culpabilidade de um acusado, ainda que o crime praticado pelo infrator possa causar repulsa aos seus semelhantes em razão de preceitos éticos ou morais. A partir do momento em que existe a quebra de todas as garantias estabelecidas na Constituição Federal, pode-se afirmar que o Estado de Direito também está sendo fragilizado, uma vez que as Instituições perdem o seu sentido e a promoção da justiça é transferida para terceiras pessoas, o que fere o princípio da imparcialidade e do devido processo legal.

Por força de expressa determinação legal, qual seja, a norma prevista no artigo 564, incisos III e IV do Código de Processo Penal⁶⁴, podemos dizer que a

⁶² GRINOVER, 1990, p. 61.

⁶³ STJ, HC 149.250, Rel. Ministro ADILSON MACABU (Desembargador Convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, Dje de 05/09/2011.

⁶⁴ Artigo 564: A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: [...] III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: a) a denúncia ou a queixa e a representação e, nos processos de contravenções penais, a portaria ou o auto de prisão em flagrante; b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167; c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos; d) a intervenção do Ministério

prova ilegítima é toda aquela produzida em desacordo com as normas processuais, a ela não se atribuindo qualquer valor. A problemática gira em torno da prova ilícita: apesar de eventualmente conter dados importantes para a apuração dos fatos, não deve ser acolhida.⁶⁵ Segundo a doutrina de Eugenio Pacelli, as: “provas ilícitas seriam aquelas obtidas com violação ao direito material, enquanto as provas ilegítimas receberiam tal definição por violarem o direito processual”⁶⁶.

Em suma, podemos dizer que desde que a obtenção da prova atente contra a lei, ofenda aos costumes, colida com a moral ou com um princípio de direito, temos uma prova proibida, cujo entranhamento nos autos não é admissível.

2.4.1 Provas Ilícitas por Derivação

Por uma imposição lógica, o problema das provas ilícitas por derivação só se coloca nos sistemas de inadmissibilidade processual das provas ilicitamente obtidas⁶⁷. Enquadram-se nestas situações as hipóteses em que a prova foi obtida

Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública; e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa; f) a sentença de pronúncia, o libelo e a entrega da respectiva cópia, com o rol de testemunhas, nos processos perante o Tribunal do Júri; g) a intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia; h) a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei; i) a presença pelo menos de 15 jurados para a constituição do júri; j) o sorteio dos jurados do conselho de sentença em número legal e sua incomunicabilidade; k) os quesitos e as respectivas respostas; l) a acusação e a defesa, na sessão de julgamento; m) a sentença; n) o recurso de ofício, nos casos em que a lei o tenha estabelecido; o) a intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso; p) no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais de Apelação, o quorum legal para o julgamento; IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

⁶⁵ A respeito, Jorge Henrique Schaefer Martins em sua obra “**Prova Criminal: retrospectiva histórica, modalidades, valoração, incluindo comentários sobre a Lei 9.296/96**” 1996, p. 101, expõe: “Existe, porém, uma tendência doutrinária de aproveitamento parcial da prova coletada, cuidando-se de critério de proporcionalidade para casos gravíssimos, em caráter excepcional, o que, sem dúvida deixa para o terreno da subjetividade a escolha das situações, e representa inegável risco. Há uma condição diferente, que resulta na aceitação da prova ilícita quando ela vier em favor do acusado, pois assim sendo, há quem compreenda que em razão de sua defesa o vício poderá ser desconsiderado.”

⁶⁶ PACELLI, 2013, p. 359.

⁶⁷ AVOLIO, 2010, p. 81,

de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito.⁶⁸

O ponto nevrálgico da discussão é, certamente, se essas provas – formalmente lícitas, porém derivadas de provas materialmente ilícitas -, podem (ou não) ser admitidas no processo. A doutrina, bem como os tribunais superiores – brasileiros e internacionais - ainda não chegaram a uma posição pacífica.⁶⁹ Contudo, no Brasil a tese dominante é no sentido de que a proibição de utilização deve se estender às provas obtidas como consequência daquelas vedadas pelo ordenamento.⁷⁰ Leciona sobre o tema Ada Pelegrini Grinover⁷¹:

A posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e consequentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, é a que professa a transmissão da ilicitude da obtenção da prova às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo. A constituição brasileira não toma partido na discussão sobre a admissibilidade das provas derivadas, deixando espaço para a construção da doutrina e jurisprudência.

Contrariamente a este entendimento, posiciona-se Julio Fabbrini Mirabete, afirmando que⁷²: “como a lei ordinária não prevê expressamente a cominação de inadmissibilidade ou nulidade das provas ilícitas por derivação, prevalece a eficácia do dispositivo constitucional que veda apenas a admissibilidade da prova colhida ilicitamente, e não a que dela deriva”.

⁶⁸ Anota AVOLIO, 2010, p. 81 que: “È o caso da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regulamente apreendido; ou da interceptação clandestina, pela qual se venham a conhecer circunstâncias que, lícitamente colhidas, levem à apuração dos fatos”.

⁶⁹ Sobre o tema, AVOLIO, 2010, p. 81, diz que: “a doutrina cunhada pela Suprema Corte norte-americana dos “frutos da árvore envenenada” – *fruits of the poisonous tree* -, segundo o qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. Assim, a partir da decisão proferida no caso “*silverthorne Lumber Co. v. United States*” (251 US 385; 40S. Ct. 182; 64 L. Ed. 319). De 1920, as cortes passaram a excluir a prova derivadamente obtida a partir de práticas ilegais. Acreditava-se que, com isso, similarmente ao pensamento que ensejou a concepção da *exclusionary rule*, a polícia ficaria desencorajada a proceder a buscas e apreensões ilegais”.

⁷⁰ Luiz Francisco Torquato Avolio, citando TROCKER, 2010, p. 86, afirma que: “o argumento principal baseia-se na [...] necessidade de apuração da verdade, que poderia ser frustrada por uma hábil manobra da parte interessada, provocando alguma irregularidade de modo a excluir importantes elementos de prova e, com isso, contribuindo para ‘rendere vana la persecuzione dei reati e l'accertamento della verità reale’”.

⁷¹ GRINOVER, 1990, p. 65.

⁷² MIRABETE, Julio Fabbrini. **As provas ilícitas e a violação do sigilo bancário**. Livro de Estudos Jurídicos. 1989, v. 5, Processo Penal. 1992, p. 173-174.

O princípio da contaminação da contaminação tem origem no caso *Silverthorne Lumber & Co. v. United States*, em 1920, tendo a expressão *fruits of the poisonous tree* sido evidenciada pelo Juiz Frankfurter, da Corte Suprema, no caso *Nardone v. United States*, em 1937. A lógica da tese é, basicamente, que se deveria proibir o uso direto de certos métodos, pois as provas dele derivadas estariam igualmente contaminadas.⁷³ Afirma Eugenio Pacelli que a teoria do *fruits of the poisonous tree*: “nada mais é que simples consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas”.⁷⁴ Ressalta Nereu José Giacomolli⁷⁵ que o legislador brasileiro somente autorizou a admissibilidade da prova ilícita em duas hipóteses⁷⁶: “Quando não evidenciado o nexo de causalidade entre as duas situações e quando as provas derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras (artigo 157, §1º, CPP⁷⁷). Com isso, praticamente acabou por admitir a prova ilícita por derivação, diante dessas duas exceções, extremamente amplas”.

Tem-se entendido, no Direito Brasileiro, em sua doutrina e jurisprudência⁷⁸, conforme afirma Guilherme Madeira Dezem⁷⁹: “Pelo reconhecimento da prova ilícita por derivação”. Neste sentido, trecho da seguinte decisão:

A questão da doutrina dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*): a questão da ilicitude por derivação. Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que

⁷³ LOPES JR., Aury. 2011, p. 584

⁷⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 17ª ed. atual. de acordo com as Leis nº 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760 todas de 2012.** São Paulo: Atlas, 2013, p. 353

⁷⁵ GIACOMOLLI, 2008, p. 41.

⁷⁶ Vide GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal.** São Paulo: RT, 1997, pp. 107 a 109, acerca das regras de exclusão na prova derivada de uma ilicitude.

⁷⁷ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008). § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

⁷⁸ Neste sentido: RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 03/04/2007, DJE de 18/05/2007.

⁷⁹ DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas.** Atualizado de acordo com as leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08. Campinas, São Paulo: Millennium Editora, 2008. p. 132-133.

produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representou um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do *due process of law* e tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. A doutrina da ilicitude por derivação (teoria da árvore dos frutos envenenados), repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos.

Com a reforma de 2008, essa posição ganhou mais força, na medida em que houve admissão expressa da chamada “prova ilícita por derivação”, agora prevista no parágrafo primeiro do artigo 157: “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas...”, reafirmando, então, o que era posição majoritária da doutrina e da jurisprudência. A vedação à utilização da prova ilícita no processo se choca com a presunção de inocência e com a ampla defesa, merecendo prevalecer estes últimos princípios, pois vinculados à liberdade individual.⁸⁰

2.5 VALORAÇÃO DA PROVA

Através da prova são introduzidos no processo penal os fatos e circunstâncias de uma determinada infração criminal e tudo o que importar ao convencimento do julgador.⁸¹ A reconstrução do fato delituoso constitui-se em verdadeira engenharia jurídica no âmbito do processo, uma máquina retrospectiva

⁸⁰ NUCCI, 2011, p. 36.

⁸¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 175.

ou recognitiva. A verificação da relevância das provas é ponto necessário a ser explorado a fim de permitir a convicção a respeito dos fatos imputados e sobre os quais se buscam esclarecimentos. Nicola Framarino dei Malatesta leciona a respeito da eficácia da prova⁸²:

Sendo a prova o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, a eficácia da prova será tanto maior, quanto mais clara, ampla e firmemente ela fizer surgir no nosso espírito a crença de estarmos de posse da verdade. Para se conhecer, portanto, a eficácia da prova, é necessário conhecer qual como a verdade se refletiu no espírito humano, isto é, necessário conhecer qual estado ideológico, relativamente à coisa a verificar, que ela criou no nosso espírito com sua ação.

Inexiste fato que não enseje a comprovação no âmbito processual penal⁸³. Desta forma, o juiz deverá sopesar as provas, e manifestar-se – explicitamente – dizendo a razão pela qual escolhe ou repele determinada prova. Ressalta Francesco Carnelutti, traduzido por Santiago Sentís Melendo que⁸⁴:

El valor de la prueba consiste en su idoneidad para establecer, según las leyes de la naturaleza, la existencia del hecho a probar. El valor viene configurado como el peso de la prueba sobre la balanza de la justicia, por lo que se habla de pruebas graves y de pruebas leves para indicar su mayor o menor valor. Entra en el juicio, que sobre la base de las pruebas el juez debe formular, la determinación de tal valor, por lo que se habla, además de inspección, de valoración de las pruebas.

As provas são analisadas em seu conjunto, obedecendo-se, sim, as exigências relativas à sua forma (se atende aos requisitos), modo de produção (se obtida correta ou incorretamente) e, por fim, o seu conteúdo, ou seja, o que dela se pode concluir. Afirma Gossel, citado por Manuel da Costa Andrade que a sentença assenta na valoração da proibição de prova quando, entre a violação da proibição de prova e a mesma sentença subsiste, a par de um *nexo real*, um *nexo final de causalidade*⁸⁵. Identificada uma relação de causalidade entre a violação da

⁸² MALATESTA, 1960, p 88.

⁸³ MARTINS, 1996. p. 108.

⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre El Proceso Penal**. Traduzido por MELENDO, Santiago Sentís. Vol I. Buenos Aires: Bosch Y Cía Editores, 1950. p. 295

⁸⁵ GOSSEL, K. H. Überlegungen zu einer neuen Beweisverbotslehre, NJE (Neue Juristische Wochenschrift), apud ANDRADE, Manuel da Costa, Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, p. 2219.

proibição de produção de prova e a sentença, Manuel da Costa Andrade ressalta que tudo estará em perguntarmos⁸⁶:

Se a proibição de prova concretamente violada visa precisamente prevenir os factos ilegalmente provados venham a servir de fundamento para a sentença. [...] Sempre que os factos ilicitamente provados não constituem o fundamento da sentença ou aqueles factos acabariam, por via de procedimento lícito, por chegar à sentença. Nestes casos a sentença não assenta, por falta de um nexos real de causalidade, na violação da lei.

Assim, a lei pretende evitar que o resultado obtido em contravenção da norma seja utilizado para a condenação do acusado e não já impedir “a consideração dos demais resultados da investigação que os factos indevidamente adquiridos permitiram alcançar”.⁸⁷

3 QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA NA OPERAÇÃO OURO VERDE: DA PROVA ILÍCITA E SUA (IN) ADMISSIBILIDADE

O acórdão da 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconhece que a prova obtida na busca e apreensão, qual seja, “a *mídia informática/sistema computacional HD*”, foi violada pela Autoridade Policial. Isto ocorreu, devido ao rompimento do lacre da prova apreendida antes do procedimento de verificação da integridade da mídia por meio do chamado “algoritmo SHA-512 – Secure Hash Algorithm – 512 bits”.⁸⁸

O denominado código *hash* permite identificar se a mídia foi alterada entre o espelhamento (ou a última alteração do arquivo) e a nova análise, tornando-se

⁸⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 112.

⁸⁷ GOSSEL, Bockelmann-Fs, p. 817, apud ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 112.

⁸⁸ Sobre o tema, M. M. J. Stevens em **On Collisions of MD5**. Master's thesis. Disponível em: <<http://www.win.tue.nl/hashclash/On%20Collisions%20for%20MD5%20-%20M.M.J.%20Stevens.pdf>>. Acesso em 16/05/2015. “O *hash* é uma sequência de bits geradas por um algoritmo de dispersão, em geral representada em base hexadecimal, que permite a visualização em letras e números (0 a 9 e A a F). O conceito teórico diz que ‘*hash*’ é a transformação de uma grande quantidade de dados em uma pequena quantidade de informações. Essa sequência busca identificar um arquivo ou informação unicamente. Uma mensagem de correio eletrônico, uma senha, uma chave criptográfica ou mesmo um arquivo. É um método para transformar dados de tal forma que o resultado seja (quase) exclusivo (tradução livre)”.

indiscutível que “no período entre a apreensão e o espelhamento, a mídia foi diretamente acessada enquanto estava sob a guarda da Polícia Federal”.

A mídia apreendida trata-se de um disco rígido, de marca FUJITSU, modelo *MHV2040AH*, número de série *NT26T572GRAN*, que estava instalado no *notebook*, marca DELL, modelo *PP10s*, apreendido na residência do corréu, sendo ele o responsável pela elaboração e manutenção do sistema computacional utilizado pelo Banco Paralelo TOUR EXPORT, Alfredo Timm de Souza.⁸⁹

Desta forma, constata-se que a “mídia informática/sistema computacional HD”, representa uma espécie de contabilidade do Banco Paralelo. Do “HD” apreendido foram extraídas três planilhas que, segundo o acórdão, indicam as operações financeiras realizadas, quais sejam: a “P1” na qual se anotavam as entradas e saídas feitas em moeda estrangeira; a “P2” onde são registradas movimentações em moeda nacional, e a “TSC” que funcionava como um sistema de controle de transferências.

3.1 PROCEDIMENTO PARA APURAR A ILICITUDE DA PROVA

Caso haja suspeição acerca da fiabilidade da prova coletada, será necessário instaurar um incidente de ilicitude de prova que, embora não disponha de procedimento legal específico, poderá valer-se, por analogia, dos dispositivos destinados ao incidente de falsidade disposto no artigo 145 e seguintes do Código de Processo Penal⁹⁰.

⁸⁹ Na Ação Penal Principal n. 2007.71.00.001796-5, ANTÔNIO CARLOS DE OLIVEIRA HAUSSEN, JOSÉ ALEXANDRE G. DE FREITAS, JOÃO BATISTA JUNG, FABIANO GOENS, JOÃO QUIRINO MEDEIROS GONÇALVES, CARLOS LEANDRO DA SILVA, CASSIO JUNG, JUAN CARLOS CHIFFLET DELGADO, ANA PAULA IZE KLEIN, ADRIANA REGINA SCHUNCK DE SOUZA, CARLOS WAINBERG, LUIZ FAGUNDES JUNIOR, ALFREDO TIMM DE SOUZA, FERNANDA SAMPAIO TRAJANO, ROBERTO TRAJANO, FABIANO RODRIGUES MAGALHÃES, MÁRCIO TATSCH, RICARDO SCHIMID, SILVANE DALLA SANTA, MARGARETE INES DAMIN, VILMA DAMIM DE OLIVEIRA, ADÃO ANTÔNIO DOS SANTOS, LUIZ JOSÉ MARQUES JUNIOR, RODRIGO KUHN DA SILVA, JEFERSON PEREIRA DA SILVA e ANDRÉ FABIAN DE SOUZA são processados perante a 7ª Vara Federal Criminal de POA/RS por fazer operar tal instituição financeira não-autorizada (art. 16 da Lei 7.492/86).

⁹⁰ Art. 145. Arguida, por escrito, a falsidade de documento constante dos autos, o juiz observará o seguinte processo: I - mandará autuar em apartado a impugnação, e em seguida ouvirá a parte contrária, que, no prazo de 48 horas, oferecerá resposta; II - assinará o prazo de 3 dias, sucessivamente, a cada uma das partes, para prova de suas alegações; III - conclusos os autos,

Conforme disposto no artigo 157, § 3º do Código de Processo Penal, “preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultada às partes acompanhar o incidente”. Desta forma, há duas etapas explícitas: a) o magistrado declara ilícita – logo, inadmissível ao processo; e b) determina o seu desentranhamento.

Mesmo expressamente fixado em lei como “facultada às partes acompanhar o incidente”, no mais das vezes, elas devem fazê-lo. Em suma, as partes podem suscitar o incidente e debater o caráter da prova. Havendo decisão, podem ainda acompanhar o método de destruição dessa mesma prova.⁹¹

3.1.1 Efeitos do reconhecimento da ilicitude

As provas ilícitas são inadmissíveis, via de regra, segundo o Código de Processo Penal devendo, portanto, ser desentranhadas e inutilizadas por decisão judicial, com a devida intimação das partes para acompanharem o incidente, conforme disposto nos artigo 157, *caput* e § 3º⁹² do mesmo diploma legal. Sobre o tema, Nereu José Giacomolli disserta com clareza⁹³:

A prova declarada ilícita não poderá integrar nenhum processo, isto é, não poderá ingressar em nenhum procedimento ou processo (procedimento em contraditório) e, uma vez neles inseridas, deverá ser desentranhada e destruída. Com essa determinação legal, a prova ilícita não poderá servir como *notitia criminis*.

Caso a prova que, por ventura, fosse passível de destruição, porém, como já afirmamos anteriormente, diante de pedido da defesa, é possível conservar esta

poderá ordenar as diligências que entender necessárias; IV - se reconhecida a falsidade por decisão irrecorrível, mandará desentranhar o documento e remetê-lo, com os autos do processo incidente, ao Ministério Público. Art. 146. A argüição de falsidade, feita por procurador, exige poderes especiais.

Art. 147. O juiz poderá, de ofício, proceder à verificação da falsidade. Art. 148. Qualquer que seja a decisão, não fará coisa julgada em prejuízo de ulterior processo penal ou civil.

⁹¹ NUCCI, 2011, p. 40.

⁹² Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. [...] § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

⁹³ GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal – Considerações Críticas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 50.

prova com o objetivo único e exclusivo de ser utilizado em favor do réu. A inutilização do material ilícitamente colhido é necessária para evitar qualquer possibilidade de divulgação ou de utilização física, no mesmo processo ou em outros⁹⁴.

3.2 FINALIDADE DA CADEIA DE CUSTÓDIA

O Conselho Nacional de Justiça instituiu a Resolução 63 de 2008⁹⁵, que dentre suas atribuições, define que há a necessidade de consolidar informações sobre os bens apreendidos em procedimento criminais, inclusive para possibilitar a extração de dados estatísticos e a adoção de políticas de conservação e administração desses bens, até sua destinação final.

Por conseguinte, a finalidade da cadeia de custódia deriva da ideia de que a prova apreendida deve manter-se na sua forma integral, sem que sofra qualquer alteração, até que seja realizada a perícia oficial e que seja submetida ao contraditório. A cadeia de custódia nada mais é do que isto: a garantia fiel de que a prova deve(rá) ser preservada em sua integralidade. Conforme afirma a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Assusete Magalhães⁹⁶: “é preciso obedecer o devido processo legal, produzir-se e manter as provas colhidas, na seara criminal, nos estritos termos legais, a fim de permitir o exercício da ampla defesa e do contraditório, princípios considerados como garantia fundamental do acusado”.

O pronto nevrálgico do problema da preservação da fonte de prova e a vedação de sua fragmentação e da perda de sua unidade é com relação ao efeito

⁹⁴ Lorenzo Picotti em “**Intercettazioni illegali tra nuove tecnologie e vecchi strumenti penali**”, Rivista dell’Internet, fasc. 2, 2007, p. 115-119, comenta o tipo penal pela falta de destruição do material ilícitamente interceptado, bem como a sanção reparatória pela divulgação do material ilícito, no ordenamento jurídico italiano apud GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal – Considerações Críticas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 50.

⁹⁵ RESOLUÇÃO Nº 63 de 19 de dezembro de 2008. Publicada no Dje do CNJ de 26/12/2008. Institui o Sistema Nacional de Bens Apreendidos – SNBA e dá outras providências. Art. 1º Fica instituído o Sistema Nacional de Bens Apreendidos – SNBA, com o objetivo de consolidar as informações sobre os bens apreendidos em procedimentos criminais no âmbito do Poder Judiciário.

⁹⁶ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Ministra Assusete Magalhães. **Quebra de sigilo de dados e das comunicações telefônicas: O dever estatal de preservação da fonte de prova**. Doutrina: edição comemorativa, 25 anos. Brasília: 2014, p. 517.

do exercício da ampla defesa e do contraditório. A experiência contemporânea de preservação da cadeia de custódia, conforme afirma Juan Carlos Uzará Bautista, impõe que “a cadeia de custódia deve estar conformada pelo menor número de custódios possível; o menor número faz com que o elemento seja menos manipulado; a menor manipulação o expõe menos”⁹⁷. Portanto, ao expor-se menos, estamos protegendo o objeto e, conseqüentemente, garantindo o devido processo legal. A importância da cadeia de custódia mereceu até mesmo a criação, no Ministério da Justiça, de Grupo de Trabalho de Cadeia de Custódia, que emitiu recomendações em documento final acerca dos cuidados a serem seguidos, a fim de não se comprometer com dados probatórios no processo penal.⁹⁸

O cuidado que envolve o tema da formação da prova leva em consideração questões de ordem prática como, por exemplo, a manipulação indevida do elemento probatório com o propósito de incriminar ou isentar alguém. Em outras palavras, trata-se de perseguir a melhor qualidade da decisão judicial e reduzir ao máximo os riscos de incriminação imprópria.⁹⁹

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

Podemos dizer que um dos aspectos mais importantes acerca da temática da aquisição de fontes de prova consiste na preservação da idoneidade de todo o trabalho que tende a ser ‘realizado sigilosamente, em um ambiente de reserva que, se não for respeitado, compromete o conjunto de informações que eventualmente venham a ser obtidas desta forma’¹⁰⁰. Trata-se, portanto, de evitar

⁹⁷ BAUTISTA, Juan Carlos Uzará. La cadena de custodia em el nuevo código de procedimiento penal. Disponível em: <<http://fundacionluxmundi.com/custodia.php>>. Acesso em 15 de maio de 2014.

⁹⁸ Pedro Luiz Lemos Cunha, em “**Implantação de cadeia de custódia de vestígios. Implicações para a gestão da polícia civil e do Distrito Federal**”, Dissertação de Mestrado na Escola de Administração Pública da FGV, agosto de 2012. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br>. Acesso em: 17/05/2014. Reproduz parte da carta de Brasília de 2008, do Grupo de Trabalho da Cadeia de Custódia.

⁹⁹ PRADO, Geraldo. Ainda sobre a quebra da cadeia de custódia das provas, in Boletim do IBCCrim, n. 262, setembro de 2014, p. 16-17.

¹⁰⁰ PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 77.

o fenômeno intitulado de “break on the chain of custody”. Já salientamos anteriormente a importância da motivação das decisões na esfera penal. A propósito do tema, o Informe 86 – de 2009 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos destaca:

[...] As decisões que estabeleçam limitações a estes direitos devem estar fundadas de maneira que permita o controle por parte da defesa e infringem, assim mesmo, a garantia do juiz imparcial ao ditar decisão sem motivos atendíveis, o que evidencia um prejuízo, em consequência, ao princípio da presunção de inocência.

O dever de motivar é inerente às garantias processuais e, como destaca Antonio Magalhães Gomes Filho, é: “uma disciplina que constitui a principal garantia para o exercício do poder”¹⁰¹. Com categoria, Geraldo Prado assevera que¹⁰²: “o papel da motivação da decisão é essencial à legitimação dela própria sob o ângulo do estado de direito, e no âmbito do processo penal constitucional a estrutura da decisão revela-se ainda mais saliente porque além de se cogitar do acerto do decidido, é necessário interrogar sobre os caminhos percorridos para o acesso aos meios e fontes de prova”. A bibliografia específica sobre a perícia criminal em si, destaca o tema, nas palavras de Alberi Espíndula¹⁰³:

Claro está que a finalidade em se garantir a cadeia de custódia é para assegurar a idoneidade dos objetos e bens escolhidos pela perícia ou apreendidos pela autoridade policial, a fim de evitar qualquer tipo de dúvida quanto à sua origem e caminho percorrido durante a investigação criminal e o respectivo processo judicial. Importante esclarecer que a cadeia de custódia não está restrita só ao âmbito da perícia criminal, mas envolve desde a delegacia policial, quando apreende algum objeto e já deve observar com rigor tais procedimentos da cadeia de custódia. (...). Essas preocupações vão além da polícia e da perícia, estendendo-se aos momentos de trâmites desses objetos da fase do processo criminal, tanto no Ministério Público quando na própria justiça. Os procedimentos da cadeia de custódia devem continuar até o processo ter transitado em julgado.

Muitas situações já são conhecidas sobre fatos dessa natureza, nas quais é levantada a suspeição sobre as condições de determinado objeto

¹⁰¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001, p. 27.

¹⁰² PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 78.

¹⁰³ ESPÍNDULA, Alberi. **Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia**. 3ª ed. Campinas: Millenium, 2009. p. 165.

ou sobre a própria certeza de ser aquele o material que de fato foi apreendido ou periciado.

No entanto, a realidade atual da cadeia de custódia se mostra outra, quando se trata do processo penal com consolidada tradição acusatória. Assim, leciona Orlando Muñoz Neira que¹⁰⁴: “a evidencia física não está isenta do requisito da autenticação e é justamente aí que entra a jogar um papel decisivo a cadeia de custódia. Quando a defesa ou o Ministério Público se propõe a apresentar evidências físicas ante uma corte, a parte que alega deve estar disposta a mostrar que o objeto que oferece como evidência é o mesmo que foi apreendido na cena de que se trate”.

Portanto, qualquer interrupção na cadeia de custódia pode causar a inadmissibilidade da evidência. Mesmo se admitida, uma interrupção pode enfraquecer ou destruir seu valor probatório. A regra, conforme Geral Prado, é ter o menor número possível de pessoas lidando com a evidência.¹⁰⁵ A experiência Norte Americana com relação ao tema deve influenciar o sistema processual penal, vez que o Brasil se revela em um processo de decadência acerca da tutela dos direitos fundamentais¹⁰⁶:

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

E ainda¹⁰⁷:

¹⁰⁴ NEIRA, Orlando Muñoz. **Sistema penal acusatório de Estados Unidos: fundamentos constitucionales. Panorama procesal. Principio de oportunidad. Juicios por jurado. Principales diferencias con el derecho colombiano.** Bogotá: Legis, 2006, p. 361 apud PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos.** 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 81.

¹⁰⁵ PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos.** 1ª ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 81.

¹⁰⁶ Case brady vs. Maryland, 1963. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/83/case.html>>. Acesso em: 03/05/2015 (tradução livre).

¹⁰⁷ Case State vs. Hatcher, 2011. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/south-carolina/supreme-court/2011/26950.html>>. Acesso em: 03/05/2015 (tradução livre). Apud PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos.** 1ª ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 82.

Quando a substancia analisada passou por várias mãos, a evidência não deve deixar conjecturas a respeito de quem a tinha e o que foi feito com ela entre a tomada e a análise. O testemunho de cada um dos responsáveis pela custódia das provas fungíveis, no entanto, não é um pré-requisito para o estabelecimento de uma cadeia de custódia suficiente para a admissibilidade. O mero fato de a evidência estar selada ao ser apresentada para o teste não estabelece, em si mesmo, uma cadeia de custódia suficiente. Ainda são necessárias evidências de como o produto foi obtido e como ele foi manuseado para garantir que ele é, de fato, o que pretende ser. No entanto, temos constantemente defendido que a cadeia de custódia precisa ser estabelecida somente na medida do possível, e reiteramos que nem toda pessoa que manuseia a evidência deve ser identificada em todos os casos. (Case State vs. Hatcher, 2011).

Consoante Robert A. Doran: “A cadeia de custódia é um processo usado para manter e documentar a história cronológica da evidência. Este processo deve resultar num produto: a documentação formal do processo”. E afirma¹⁰⁸ que “a cadeia de custódia é necessária para estabelecer a suficiência legal da prova, uma vez que esta veio para a custódia do departamento de polícia. Isso quer dizer que, a evidência não foi perdida, que não houve adulteração da evidência, e ela não foi contaminada, tanto por outros elementos armazenados nas proximidades, como pelo recipiente no qual está armazenada a prova”.

Portanto, a cadeia de custódia é necessária para estabelecer a suficiência legal de uma prova. Isso quer dizer que a evidência não foi perdida, adulterada – ou contaminada –, tanto por elementos próximos armazenados, como por má-fé de quem, de uma forma ou de outra, obteve acesso indevido a prova.

3.3 PROIBIÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE

Verifica-se que a quebra da cadeia de custódia, afinal, o equipamento informático foi efetivamente – depois de lacrado – aberto e manuseado pela

¹⁰⁸ DORAN, Robert A. Exploring the links in the chain of custody. Disponível em: <<http://www.radoran-associates.com/main/downloads/Exploring%20The%20Links%20In%20The%20Chain%20Of%20Custody.pdf>>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

Autoridade Policial, sem se fazer o registro desta vulneração e sem os cuidados mínimos para preservação da idoneidade e segurança do meio de prova¹⁰⁹.

Até o advento da Constituição de 1988, a doutrina brasileira apresentava duas correntes sobre a admissibilidade processual das provas ilícitas, com preponderância da teoria da admissibilidade, especialmente no direito de família¹¹⁰. Nelson Hungria, - embora declarando-se favorável à livre admissão da prova em juízo como atributo do princípio do livre convencimento, e identificando a finalidade do processo penal com a descoberta da verdade material – entende que a liberdade na apreciação dos meios de prova, por maior que seja, não é total: o limite é aquele que garanta a exclusão dos meios de prova que atentem contra o pudor público, ou se revelem subversivos da ordem pública, violentos atentatórios à personalidade humana ou à moral pública¹¹¹”.

A perspectiva constitucional do fenômeno das provas ilícitas no ordenamento brasileiro deve-se, pioneiramente, a Ada Pellegrini Grinover, em sua obra *Liberdades públicas e processo penal*, escrita, ainda, sob a vigência da Constituição Federal anterior de onde podemos extrair o seguinte pensamento¹¹²:

Inaceitável a corrente que admite as provas ilícitas, no processo, preconizando pura e simplesmente a punição do infrator pelo ilícito material cometido; afastada, como fiemos, a simples visão unitária que pretende superar a distinção entre ilícito material e inadmissibilidade processual em uma posição que se baseia na unidade do ordenamento jurídico, a necessária correlação entre o ato ilícito, material, da obtenção da prova e sua inadmissibilidade e ineficácia processuais somente pode ser feita, como vimos, pela qualificação que os institutos processuais recebem do direito constitucional.

A jurisprudência começou a acompanhar com rapidez a tendência evolutiva, da admissibilidade, para a inadmissibilidade das provas ilícitas. Em decisão de 30.06.1993, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se sobre a inadmissibilidade processual das provas ilícitas no processo penal, cabendo destacar – dentre os

¹⁰⁹ REALE JR. Miguel. Em parecer apresentado na Apelação Criminal n. 0009281-90.2008.404.7100/RS, p. 19.

¹¹⁰ AVOLIO, 2010, p. 92.

¹¹¹ HUNGRIA, Nelson. **A liberdade dos meios de prova**. Revista Jurídica, 1958, v. 33, p. 5. apud AVOLIO, 2010, p. 96.

¹¹² GRINOVER, Ada Pelegrini. **Liberdades públicas e processo penal – as interceptações telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 199.

votos para concessão do *writ*, aquele proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em ponto que diz respeito a caracterização da prova ilícita, argumentando, de início, “total ausência de motivação da decisão judicial – violando outra garantia explícita no *due process* (CF, art. 93, IX) – bastaria para firmar a ilicitude da prova colhida”¹¹³.

Por fim, a partir do advento da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal soube contrapor a garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal¹¹⁴ ao velho anseio da busca da verdade real a qualquer custo¹¹⁵. A reconstrução da prova deve valer-se de meios idôneos.

3.4 OS RISCOS QUE DERIVAM DA QUEBRA DE CADEIA DE CUSTÓDIA

O poder de convencimento dos elementos baseados em técnicas especiais de investigação – que se tornam cada vez mais frequentes - tem refletido diretamente na base empírica que sustenta as acusações penais. Em geral, o material reunido pelo Ministério Público ainda não foi submetido ao contraditório, motivo pelo qual o poder de convencimento destes elementos é incrementado quando se trata do juízo de admissibilidade das acusações.

Importante lembrar, portanto, conforme leciona Geraldo Prado que “se trata de evidências e são estas evidências que cobram o contraste com outros elementos informativos para sobreviverem ou sucumbirem, em qualquer caso revelando-se inferências significativas no processo decisório”¹¹⁶. Rui Cunha

¹¹³ HC 69.912-0-RS, publicado no DJ de 26.11.1993.

¹¹⁴ Sobre o tema: HC 80949/RJ, 1ª T., j. 30.10.2001, rel. Min. Sepúlveda Pertence. “Ementa: I. Habeas Corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto no processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: consequente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação, [...]”

¹¹⁵ AVOLIO, 2010, p. 99.

¹¹⁶ PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 84.

Martins, professor e coordenador do Programa de Pós-Doutoramento em Democracia e Direitos Humanos da Universidade de Coimbra afirma que “diz-se evidente o que dispensa prova”. E segue¹¹⁷: “simulacro de auto-referencialidade, pretensão de justificação centrada em si mesmo, a evidência corresponde a uma satisfação demasiado rápido perante indicadores de mera plausibilidade. De alguma maneira a evidência instaura um desamor ao contraditório”. Luigi Ferrajoli, em seu magistério, deixa claro que a verdade de que se tratamos não é aquela que corresponda de maneira absoluta à realidade, pois isso é inalcançável. A legitimidade da intervenção penal repousa na verdade contingente, processual, fruto da participação dos interessados e produto respeitoso dos direitos fundamentais¹¹⁸.

No caso em apreço, fica evidente que a custódia da prova ocorreu de forma leviana. As normas procedimentais e as garantias constitucionais que revestem a prova deixaram de ser observadas pela autoridade judicial. O Ministério Público Federal quando do oferecimento da peça portal, não observou – como fiscal da lei – tais violações. Por conseguinte, o processo já e mãos do Magistrado, este não teve o condão de excluir a prova dos autos. Pode-se, portanto, afirmar que os dados informáticos acessados pela Autoridade Policial, sem a mínima cautela de preservação da integridade da prova e de comprovação desta preservação sendo bem possível, portanto, a alteração do conteúdo, pois nada assegura que o que ficou a constar representa o conteúdo real no instante da apreensão.¹¹⁹

Podemos dizer, por fim, que a constatação da quebra da cadeia de custódia das provas impõe a exclusão destas evidências dos procedimentos penais assegurando, portanto, a fundamentação coerente e o devido processo legal garantido. A função da cadeia de custódia consiste em estabelecer o mecanismo de prospecção e preservação das provas que deverão ser submetidas ao contraditório e estar disponíveis para as partes.

¹¹⁷ MARTINS, Rui Cunha. **A prova alucinada. O ponto cego do direito: Brazilian lessons**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 3.

¹¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal**. 9ª ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 48.

¹¹⁹ REALE JR. Miguel. Parecer apresentado na Apelação Criminal n. 0009281-90.2008.404.7100/RS, p. 20.

4 CONCLUSÃO

Ao decorrer do artigo, vimos as garantias constitucionais constantes no processo penal. Analisamos a impossibilidade de aceitação da prova violada, a chamada prova ilícita. Não há de se falar em proporcionalidade, e sim, *in dubio pro reo*. Quando não há certeza, cabe absolvição. Não existe possibilidade de valoração de prova ilícita, o único destino da mesma é o desentranhamento.

A legítima pretensão do Estado de investigar infrações penais e punir seus responsáveis deve harmonizar-se com as regras do Estado de Direito, com estrita observância do devido processo legal e dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. A Ausência de preservação integral dos elementos informativos impedia os acusados de exercerem, de forma ampla, o contraditório e a ampla defesa, dada a impossibilidade de refutarem a tese acusatória, apresentando interpretação diversa do conjunto probatório.

A discussão acerca da subjetividade deve dar lugar a critérios objetivos, empiricamente comprováveis, que independam da prova de má-fé ou bondade e lisura do agente estatal¹²⁰. Por serem obtidas fora do processo, é crucial que se demonstre de forma documentada a cadeia de custódia e toda a trajetória feita, da coleta até a inserção no processo e valoração judicial.

A luta pela qualidade da decisão judicial passa pela melhor prova possível. A defesa tem o direito de ter conhecimento e acesso às fontes de prova. Não se pode mais admitir o desequilíbrio inquisitório, com a seleção e uso arbitrário de elementos probatórios pela acusação ou agentes estatais. A questão final é: qual a consequência da quebra da cadeia de custódia? Sem dúvida deve ser a proibição de valoração probatória, com a consequente exclusão física dela e de toda a derivada.

Os dados do computador (HD) aberto e manuseado, após a apreensão, pela própria polícia, sem que se fizesse registro de tal abertura e manipulação, contamina de tal forma a prova que só pode ser considerada imprestável para

¹²⁰ LOPES JR. Aury. MORAIS DA ROSA, Alexandre. **A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>. Acesso em: 18/05/2015.

cumprir o papel de traduzir uma verdade. Contrariou-se frontalmente, dessa maneira, a exigência de conservação da coisa e impedimento de sua alteração, conforme explicitam os artigos 6º e 245, §6º do CPP¹²¹.

Diante da manifesta quebra da cadeia de custódia, estes elementos tornaram-se inconfiáveis, não se apresentando como elementos suficientes de prova, maculados por intervenção indevida, o que faz a prova dever ser reconhecida como produzida por meios ilícitos, em afronta à CF, artigo 5º, inciso LVI e artigo 6º, 157 e 245, §6º do CPP.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

Apelação Criminal n. 0027349-44.2009.8.19.0038/RJ, 4ª Câm. Crim., j. 02.08.2011, rel. Gizelda Leitão Teixeira.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BAUTISTA, Juan Carlos Urazá. **La cadena de custodia em el nuevo código de procedimiento penal**. Disponível em: <<http://fundacionluxmundi.com/custodia.php>>.

BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires, Argentina: Ad Hoc S.R.L., 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa, 25 anos. Brasília, 2014. Ministra Assusete Magalhães. **Quebra de sigilo de dados e das comunicações telefônicas: O dever estatal de preservação da fonte de prova**.

¹²¹ Sobre o tema, em parecer apresentado por Miguel Reale Junior na Apelação Criminal n. 0009281-90.2008.404.7100/RS, p. 25.

CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre El Proceso Penal**. Traduzido por MELENDO, Santiago Sentís. Vol I. Buenos Aires: Bosch Y Cía Editores, 1950.

_____. **Lecciones sobre el Proceso Penal**. Traduzido por MELENDO, Santiago Sentís Vol IV. – Buenos Aires: Bosch Y Cía Editores, 1950.

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

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**, v. 1 e v 2. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá, Temis, 2000.

CUNHA, Pedro Luiz Lemos. **Implantação de cadeia de custódia de vestígios. Implicações para a gestão da polícia civil e do Distrito Federal**. Dissertação de Mestrado na Escola de Administração Pública da FGV, agosto de 2012. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br>.

DENTI, V. “**Scientificità della prova e libera valutazione del giudice**”, em Revista Diritto e Processo, 1972.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas**. Atualizado de acordo com as leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08. Campinas, São Paulo: Millennium Editora, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. 1. ed. 1974. Reimpressão. Coimbra Editora, 2004.

_____. **Direito Processual Penal**. 1988-9 – Universidade de Coimbra, 1988.

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

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

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal**. 9 ed. Madrid: Trotta, 2009

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5ª ed. Rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal – Considerações Críticas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

_____. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001.

GONZÁLEZ CUSSAC, José L. **La conexión de antijuridicidade en la prueba prohibida”, em Prueba y Processo Penal** (GOMEZ COLOMER, Juan Luis, organizador). Valência: Tirant lo Blanch, 2008.

GRINOVER, Ada Pelegrini, FERNANDES, A.S e GOMES FILHO, A.M. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: RT, 1993.

_____. **Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal, Novas tendências do direito processual**, 1990.

_____. **Liberdades Publicas e processo penal – as interceptações telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 1976.

HUNGRIA, Nelson. **A liberdade dos meios de prova**. Revista Jurídica, 1958.

HC 3.982, RSTJ nº 82/322 e ss, jun. 1996 e HC nº 4.138, RF nº 336/394, out/dez. 1996. Em ambos os recursos, Rel. Ministro Adhemar Maciel.

HC 69.912-0/RS, publicado no DJ de 26.11.1993.

HC 160.662 - RJ (2010/0015360-8) Relatora: Min. Assusete Magalhães; Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

HC 80949/RJ, 1ª T., j. 30.10.2001, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

KNIJNIK, Danilo. **A doutrina dos frutos da árvore venenosa e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93**, em Revista da Juris, 66, ano XXIII, março de 1996.

LIMA FILHO, Oscar de Carvalho de. **Perícias e Argumentação – Anotações Preliminares**. Revista IGP nº 4, janeiro 2011.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. 7ª ed. vol. 1. – Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

_____. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 1997.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em material criminal**. Trad. Alexandre Augusto Correia . São Paulo: Saraiva, 1960, vol. 1 e 2.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prova Criminal: retrospectiva histórica, modalidades, valoração, incluindo comentários sobre a Lei 9.296/96**. Curitiba: Juruá, 1996.

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

MIRABETE, Julio Fabbrini. **As provas ilícitas e a violação do sigilo bancário**. Livro de Estudos Jurídicos. 1989, v. 5; Processo Penal. 1992

_____. Manual de Direito Penal. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1988.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. 2ª Tiragem. 1997. Bookseller Editora e Distribuidora. Traduzido por Herbert Wuntzel Heinrich. Rheims, França.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994

NEIRA, Orlando Muñoz. **Sistema penal acusatório de Estados Unidos: fundamentos constitucionales. Panorama procesal. Principio de oportunidad. Juicios por jurado. Principales diferencias con el derecho colombiano**. Bogotá: Legis, 2006

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. com a obra “O valor da confissão como meio de prova no processo penal”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17ª ed. atual. de acordo com as Leis nº 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760 todas de 2012. São Paulo: Atlas, 2013.

Parecer apresentado por Miguel Reale Junior na Apelação Criminal n. 0009281-90.2008.404.7100/RS, p. 6-7.

PETERS, K. Strafprozess. Ein Lehrbuch, 3 Aufl., Heidelberg, 1981.

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

_____. “**Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”**”, in Boletim do IBCCrim, n. 262, setembro de 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. rev., ampl e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 20, vol. 98, set-out: Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012. DO AMARAL, Augusto Jobim. **Faces da Evidência: Regimes da Prova no Processo Penal**

RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 03/04/2007, Dje de 18/05/2007.

SANTI ROMANO. **L'ordenamento giuridico**. 1946.

STEVENS, M. M. J. **On Collisions of MD5**. Master's thesis. Disponível em: <<http://www.win.tue.nl/hashclash/On%20Collisions%20for%20MD5%20-%20M.M.J.%20Stevens.pdf>>. Acesso em 16 de maio de 2015.

STJ, HC 149.250, Rel. Ministro ADILSON MACABU (Desembargador Convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, Dje de 05/09/2011.

TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal: principalmente em face da constituição de 5.10.1988**. 13ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1922, 3 v.

Case brady vs. Maryland, 1963. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/83/case.html>>.

Case State vs. Hatcher, 2011. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/south-carolina/supreme-court/2011/26950.html>>