



SARA ALACOQUE GUERRA ZAGHLOUT
PAULO THIAGO FERNANDES DIAS

REFLEXÕES SOBRE
O PROCESSO PENAL:
INVESTIGAÇÃO,
LIBERDADE E
TECNOLOGIA

**REFLEXÕES SOBRE O PROCESSO PENAL:
INVESTIGAÇÃO, LIBERDADE E TECNOLOGIA**



SARA ALACOQUE GUERRA ZAGHLOUT
PAULO THIAGO FERNANDES DIAS

**REFLEXÕES SOBRE O PROCESSO PENAL:
INVESTIGAÇÃO, LIBERDADE E TECNOLOGIA**

1ª Edição

Quipá
2024

Copyright © 2024. do autor. Todos os direitos reservados.

Esta obra é publicada em acesso aberto. O conteúdo dos capítulos, os dados apresentados, bem como a revisão ortográfica e gramatical são de responsabilidade de seu autor, detentor de todos os Direitos Autorais, que permite o download e o compartilhamento, com a devida atribuição de crédito, mas sem que seja possível alterar a obra, de nenhuma forma, ou utilizá-la para fins comerciais.

Conselho Editorial

Ana Paula Brandão Souto, Universidade Federal do Ceará (UFC)

Anna Ariane Araújo de Lavor, Instituto Federal do Ceará (IFCE)

Anny Kariny Feitosa, Instituto Federal do Ceará (IFCE)

Leonice Alves Pereira Mourad, Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Z18r Zaghlout, Sara Alacoque Guerra

Reflexões sobre o processo penal: Investigação, liberdade e tecnologia / Sara Alacoque Guerra Zaghlout e Paulo Thiago Fernandes Dias. – Iguatu, CE : Quipá , Editora, 2024.

56 p. : il.

ISBN 978-65-5376-314-2

1. Direito. 2. Processo penal. I. Título.

CDD 340

Obra publicada pela Quipá Editora em março de 2024.

Quipá Editora
www.quipaeditora.com.br
@quipaeditora

APRESENTAÇÃO

Esta obra, por meio de uma abordagem crítica e aprofundada, explora as intrincadas facetas do Direito Processual Penal contemporâneo. Desdobrando-se em três capítulos, visa analisar e contextualizar questões que permeiam o cenário jurídico, desde o direito ao silêncio até os desafios impostos pelos meios tecnológicos de obtenção de prova digital.

No primeiro capítulo, a obra examina o direito ao silêncio diante da convocação de uma pessoa para depor quando ela mesma é alvo de investigação. A análise se estende ao direito fundamental ao silêncio, explorando suas implicações na dinâmica entre acusação e defesa.

O segundo capítulo aprofunda-se na relação entre a prisão temporária e o princípio que proíbe a autoincriminação compulsória. A pesquisa questiona a constitucionalidade desse instituto, destacando seus impactos na presunção de inocência e nos direitos fundamentais no âmbito do processo penal.

No terceiro capítulo, o foco volta-se para os desafios trazidos pelos meios tecnológicos na busca da verdade processual. É explorada as implicações dos avanços tecnológicos no Direito Processual Penal, especialmente no que diz respeito à prova digital. Dando destaque a relevância da preservação da cadeia de custódia e suas consequências para a admissibilidade dessa prova nos processos judiciais.

Ao unir essas investigações, esta obra propõe uma análise crítica e abrangente do Direito Processual Penal, proporcionando aos leitores uma imersão reflexiva no intrincado universo da justiça penal contemporânea.

*Sara Alacoque Guerra Zaghout
Paulo Thiago Fernandes Dias*

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

CAPÍTULO 1 **06**

QUANDO A TESTEMUNHA PODE FICAR CALADA: O *NEMO TENETUR SE DETEGERE* E O NECESSÁRIO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

CAPÍTULO 2 **18**

A (IN)COMPATIBILIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA COM O DIREITO FUNDAMENTAL QUE VEDA A AUTOINCRIMINAÇÃO COMPULSÓRIA

CAPÍTULO 3 **29**

MEIOS TECNOLÓGICOS DE OBTENÇÃO DE PROVA DIGITAL, BUSCA DA VERDADE E CADEIA DE CUSTÓDIA: O DIREITO PROCESSUAL PENAL ENTRE NOVOS E ANTIGOS DESAFIOS

CAPÍTULO 4 **48**

REFLEXÕES FINAIS

REFERÊNCIAS **49**

SOBRE OS AUTORES **56**

CAPÍTULO 1

QUANDO A TESTEMUNHA PODE FICAR CALADA: O *NEMO TENETUR SE DETEGERE* E O NECESSÁRIO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

Ao Estado é conferido o poder-dever de investigar, processar, julgar e absolver ou condenar os crimes previstos na legislação brasileira, razão pela qual, todo um aparelhamento é montado para o exercício dessas atividades, o que evidencia uma opção constitucional contra o exercício privado da justiça.

Não se ignora que há infrações penais classificadas como privadas (exclusiva, personalíssima e subsidiária da pública), as quais têm como legitimado para a propositura da ação penal o ofendido (bem como seu cônjuge/companheiro, ascendente, descendente ou irmã(o), conforme o caso). São, portanto, exceções à regra que estabelece que os crimes são de natureza pública, condicionada ou incondicionada. No presente capítulo, será abordada a persecução penal tão somente em relação às infrações penais de natureza pública, em tese, aquelas de maior gravidade.

Nesse ponto, questiona-se se ao Estado cabe o exercício ilimitado do poder investigatório (e por consequência, o de punir), a ponto de convocar alguém para depor como testemunha, quando essa pessoa é, de fato, alvo de investigação. Ademais, e continuando, essa pessoa (testemunha) teria ou não direito ao silêncio, conforme estabelece o texto constitucional?

O direito fundamental ao silêncio, previsto no artigo 5º, LXIII, da Constituição da República, também conhecido como o princípio que proíbe a autoincriminação, é uma das formas de exercício do direito de defesa pelo investigado, acusado e testemunha, conforme será exposto. Para além do simples fato de silenciar, esse direito se traduz na proibição de que alguém seja impelido a autoincriminar-se.

Por mais que a opção política pelo Estado Democrático de Direito tenha ficado clara na Constituição da República, ainda se observam discursos ou manifestações, de agentes políticos até (MORO, 2015), que responsabilizam o processo, a quantidade de recursos, a prescrição ou o “excesso” de garantias pelo recorrente sentimento coletivo de impunidade. Para muitos que assim pensam, os fins (apuração da verdade real, combate ao crime, segurança coletiva, interesse público, etc.) justificam os meios (relativização ou supressão de direitos fundamentais, dentre os quais, o princípio que veda a autoincriminação compulsória).

Há que se tomar cuidado com esse tipo de argumentação (notadamente, quando convertida em atos), posto inequívoca remissão ao período em que o Brasil esteve sob a égide de regime ditatorial, caracterizado pela coisificação da pessoa humana, diante da desconsideração do que hoje se entende por direitos fundamentais, verdadeiros pilares do Estado Constitucional. Admitia-se tudo em nome do interesse público.

Segundo PRADO (2014, p. 15), “o estado de direito tem nas regras do devido processo legal sua base jurídico-política, por meio da qual o exercício legítimo do monopólio da força tende a não se converter em arbítrio”.

Partindo-se da situação em que alguém presta testemunho perante a autoridade policial, ministerial ou judiciária, sem saber que seu relato servirá para a sua incriminação, este capítulo objetiva, a partir da análise do princípio do *nemo tenetur se detegere*, reforçar a importância de o Estado pautar seus atos em respeito ao processo, aos direitos fundamentais, a fim de que se considere, realmente, Democrático e de Direito.

Se considerando o aparelhamento estatal já é difícil conceber que há equilíbrio de forças entre acusação e defesa, mesmo que o investigado/acusado seja detentor de boa condição financeira e desfrute de ótimo suporte defensivo. Esse desequilíbrio entre o Estado-acusador/investigador e o indivíduo é ainda mais cristalino em relação à verdadeira clientela do Direito Penal brasileiro, conforme dados recentes do Ministério da Justiça¹.

Com vistas à redução desse desequilíbrio, a Constituição da República garante àquele que é alvo de investigação/processamento um rol de direitos fundamentais que integram o devido processo constitucional, como forma de legitimar a atuação estatal. Desse elenco constitucional, destaca-se o direito básico ao conhecimento de que se é alvo ou não de investigação. Explica-se. O direito de não ser pego de surpresa, ludibriado, convocado como testemunha, quando, de fato, é investigado. O agir antiético do Estado só aumenta o quadro de desigualdade (processual) e contra este é que se deve insurgir.

Analisando o processo penal à luz da Teoria dos Jogos, ROSA (2014) argumenta que as partes devem agir com lealdade, evitando o que define como *doping* processual, apto a deslegitimar os provimentos judiciais dele decorrentes, sob pena de inevitável invalidação, por vício de nulidade.

Enquanto legitimado para o exercício do direito de punir, o Estado deve ser o primeiro a garantir, por meio de seus agentes, que as formalidades e as garantias individuais sejam respeitadas,

¹ Sobre o perfil da população carcerária brasileira: “Os presos do sistema penitenciário brasileiro são majoritariamente jovens, negros, pobres e de baixa escolaridade, aponta o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), divulgado nesta terça-feira, 23, pelo Ministério da Justiça” (disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2015/06/23/interna_nacional,661171/levantamento-aponta-que-maioria-dos-presos-no-brasil-sao-jovens-negro.shtml> último acesso em 02 de abr 2016).

assegurando, portanto, a ética na apuração (processamento ou julgamento) de infrações de natureza penal.

Assim considerando, esta pesquisa estudará o tratamento doutrinário dado ao direito ao silêncio ou *nemo tenetur se detegere*, com referência a alguns julgados relevantes dos Tribunais Superiores, enquanto um dos limites impostos pela Constituição da República ao exercício do poder investigatório (punitivo) pelo Estado, para que violações ao patrimônio jurídico das pessoas sejam evitadas e a fundamental e tão sonhada democratização do processo penal.

DA OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NA FASE DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Inicialmente, há que se contextualizar o direito ao silêncio no âmbito do direito à ampla defesa e, portanto, do devido processo legal, previsto na Carta Magna e que abarca ainda o princípio do contraditório.

O Direito à ampla defesa se divide em defesa técnica e pessoal. A defesa técnica é obrigatória e estabelece a assistência jurídica ao investigado/acusado por pessoa habilitada ao exercício da advocacia (seja na condição de defensor constituído, defensor público ou defensor dativo nomeado pelo Estado/União²), sendo que sua ausência gera a nulidade absoluta dos atos praticados.

Qual seria então a principal finalidade de exigir-se que o sujeito passivo da investigação criminal ou do processo penal seja assistido por defensor tecnicamente capacitado? Busca-se o equilíbrio de forças entre a acusação (exercida pelo Ministério Público, órgão com estrutura física e com pessoal devidamente capacitados) e a defesa. Nesse sentido:

A justificação da defesa técnica decorre de uma *esigenza di equilibrio funzionale* entre defesa e acusação e também de uma acertada *presunção de hipossuficiência* do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador. Essa hipossuficiência leva o imputado a uma situação de inferioridade ante o poder da autoridade estatal encarnada pelo promotor, policial ou mesmo juiz. Pode existir uma dificuldade de compreender o resultado da atividade desenvolvida na investigação preliminar, gerando uma absoluta intranquilidade e descontrolo. Ademais, havendo uma prisão cautelar, existirá uma impossibilidade física de atuar de forma efetiva (LOPES JR, 2014, p. 224).

A *par conditio* tem fundamental relevância para que se fale em processo penal democrático, haja vista que qualquer tratamento assimétrico entre defesa e acusação deve ser evitado pela

² Em que pese a Constituição da República ter imposto aos Estados, ao Distrito Federal e a União a criação de Defensorias Públicas, a realidade ainda apresenta um déficit na distribuição de defensor público para cada cidadão. Para mais detalhes, vide: <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficitdedefensores>. Último acesso em 05 abril 2016.

autoridade judicial, a qual, por imperativo constitucional, será sempre imparcial (ou seja, alheia ao interesse das partes).

Considerando que o sistema de investigação preliminar é muito concentrado na figura da autoridade policial ou administrativa, parcela relevante da doutrina defende que o ideal, em respeito ao direito à igualdade, seria que após a conclusão das apurações e antes da promoção da denúncia, fosse permitido à defesa técnica que tivesse ciência dos fatos investigados e o direito a contraditório (NEREU, 2014).

A defesa técnica, portanto, configura condição indispensável para que um processo se adeque ao conjunto de valores consagrados pelo Estado de Direito, dentre os quais, o respeito ao devido processo legal, satisfazendo assim o interesse público na correta apuração do delito, cuja prática é atribuída a alguém. Nenhuma sociedade ficaria segura, caso o Estado ignorasse as garantias processuais e se valesse de arbitrariedades no exercício de suas atividades persecutórias e investigatórias.

Dizer que no âmbito da investigação preliminar não há obrigatoriedade de respeito ao contraditório e à ampla defesa, no sentido de que essas garantias processuais devem ser desconsideradas em nome do sucesso das investigações, não é de toda verdade. Em que pese posicionamento mais conservador em sentido contrário, considera-se mais alinhado à nova ordem constitucional o entendimento, segundo o qual, a ampla defesa e o contraditório devem ser observados na fase de investigação preliminar.

O cidadão investigado ou indiciado nos autos de procedimento investigatório é acusado, na acepção ampla da palavra, a qual abrange tanto a acusação formal que deflagra a persecução penal em juízo, quanto a acusação informal que constitui o objeto da investigação. Logo, o artigo 5º, LV, da Carta Política se aplica também ao investigado (MALAN, 2009, p. 157).

Na linha do posicionamento doutrinário mencionado acima e ao qual se filia, vale mencionar o teor da súmula vinculante de nº 14 do Supremo Tribunal Federal (que determina o acesso do defensor aos elementos de informação documentados e colhidos durante a investigação), bem como a recente entrada em vigor da lei nº 13.245 de 12 de janeiro de 2016, responsável pela alteração ao artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, a qual estabelece a obrigatoriedade de assistência jurídica àquele que é submetido a investigação criminal, dentre outras novidades.

Sobre o advento da lei nº 13.245/2016, mesmo diante das alterações por ela produzidas e da exigência de maior acesso da defesa aos autos de investigação conduzida pela autoridade policial ou ministerial, não se pode sentenciar que se acabou com a inquisitorialidade característica dessa etapa pré-processual:

Não, definitivamente, não. Primeiramente porque o que demarca o sistema inquisitório ou acusatório é a gestão da prova nas mãos de quem decide (acúmulo de funções). Em se tratando de sistema processual, a figura do juiz-ator, com poderes para determinar a produção de provas de ofício, é a marca característica do sistema inquisitório. Já a figura do juiz espectador e a gestão da prova nas mãos das partes, funda o sistema acusatório. Sobre isso já falei a exaustão sendo desnecessário problematizar acerca de tradicionais reducionismos (LOPES JR, 2016).

Malgrado essa advertência, quanto à inquisitorialidade da fase pré-processual (que não obsta o respeito, ainda que ao estritamente necessário, às garantias do devido processo legal), há que se superar o discurso ultrapassado, bem como a prática, fiel ao período autoritário vivido pelo país antes da aprovação do Texto Constitucional de 1988, de que o investigado não é titular de direitos:

No inquérito policial, a defesa técnica está limitada, pois limitada está a defesa como um todo. Ainda que o direito de defesa tenha expressa previsão constitucional, como explicamos anteriormente, na prática, a forma como é conduzido o inquérito policial quase não deixa espaço para a defesa técnica atuar no seu interior. Por isso, diz-se que a defesa técnica na fase pré-processual tem uma atuação essencialmente exógena, através do exercício do *habeas corpus* e do mandado de segurança, que, em última análise, corporificam o exercício do direito de defesa *fora* do inquérito policial. Dentro do inquérito basicamente só existe a possibilidade de solicitar diligências, nos estreitos limites do art. 14 do CPP. Contudo, é errado dizer-se que não existe direito de defesa no inquérito. Existir, existe, desde 1941, ainda que não tenha a eficácia que a Constituição exige (LOPES JR, 2014, p. 226).

DA AUTODEFESA E O *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

O direito de defesa ou a garantia da ampla defesa possui a seguinte estrutura, segundo a doutrina:

A garantia da ampla defesa se divide em defesa técnica (pública) e autodefesa (privada). Esta é exercida pessoalmente pelo acusado (ou investigado), o qual, caso queira, pode declarar ou não sua versão dos fatos (interrogatório judicial ou extrajudicial), bem como, contribuir ou não com a atividade probatória (DIAS, 2016, p. 102).

Por sua vez, a autodefesa pode ser manifestada de forma positiva ou negativa pelo acusado ou investigado. A autodefesa positiva é basicamente exercida no ato do interrogatório judicial e se caracteriza pelo agir positivo do interrogado, por meio de declarações prestadas à autoridade judiciária, ministerial ou policial. Além mais, o suspeito ou acusado pode fornecer material genético, datilográfico, participar de reconstituições e etc.

A autodefesa negativa se revela quando o investigado ou acusado se nega a colaborar com as investigações, justamente por não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo, bem como

quando se nega a fornecer declarações durante o ato de interrogatório judicial ou extrajudicial, permanecendo em silêncio.

O princípio do *nemo tenetur se detegere* que, em tradução livre, dispõe que ninguém é obrigado a revelar-se, possui assento constitucional no artigo 5º, LXIII, quando estabelece que a pessoa presa será informada de seus direitos, dentre os quais, o de manter-se em silêncio. Apesar de o Texto Constitucional se referir à pessoa que se encontra sob custódia do Estado, ainda que provisória, o Supremo Tribunal Federal há tempos estende a aplicação do princípio a toda e qualquer pessoa, independente de seu *status libertatis*.

Nos termos do Acórdão ementado, o Supremo Tribunal Federal aplica o artigo 5º, LXIII, da Constituição da República de forma abrangente, para reconhecer o direito ao silêncio à pessoa que não está presa:

(...) Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. "Nemo tenetur se detegere". Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. e nesse direito ao silêncio inclui-se até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 68929, 1991).

Além mais, parte considerável da doutrina, valendo-se do disposto no artigo 8.2, g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que se volta a toda pessoa, não vê motivos para que o princípio que veda a autoincriminação se aplique tão somente a pessoa que se encontra presa (LOPES JR, 2014). A isso, acrescente-se o disposto no artigo 186 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi dada após a reforma legislativa de 2008.

Referido princípio funciona, assim, ao mesmo tempo, como um direito fundamental da pessoa e ainda como “uma garantia: garantia da liberdade de autodeterminação do cidadão” (MELCHIOR; CASARA, 2013, p. 472).

Para tanto, sob pena de invalidade do ato, o sujeito passivo da investigação ou do processo deve ser cientificado pela autoridade responsável sobre a possibilidade de exercer o direito ao silêncio (ou de não colaborar, seja de que maneira, com a investigação da qual é alvo). Essa advertência é fruto de exigência constitucional, legal e convencional, devendo constar dos autos.

Segundo relevante posicionamento doutrinário, ao adotar a regra que impede que alguém seja compelido a se autoprejudicar criminalmente, o Estado brasileiro adotou modelo divorciado do que se pode chamar de autoritário:

Oposto ao modelo autoritário está o modelo democrático, em que o indivíduo não perde sua condição de sujeito na relação processual. Ele não é o objeto da investigação, mas um ator em igualdade de condições com a parte acusatória. Aqui, a liberdade do indivíduo é anteposta aos interesses repressivos, tomando-se a garantia de não se autoincriminar como barreira intransponível na instrução probatória por parte da acusação. Por conseguinte, o sistema resultante será fundamentalmente garantista e, por isso, intimamente conectado aos pressupostos que estruturam o Estado Democrático de Direito (BOTTINO, 2009, p. 574).

A TESTEMUNHA E O DIREITO AO SILÊNCIO

Entretanto, para que referido direito fundamental seja inequivocamente respeitado, necessário que a pessoa saiba em qual condição prestará seus esclarecimentos às autoridades judiciárias ou policiais. Na ordem constitucional vigente não há mais espaço para que o Estado se valha de medidas soturnas, antiéticas e arbitrárias no sentido de induzir alguém ao erro de autoincriminar-se, como ocorre nos casos em que a pessoa é intimada para prestar depoimentos na qualidade de testemunha ou informante, quando, na real, é suspeita da prática de crime e, portanto, investigada.

Não se pode compactuar com esse tipo de conduta sub-reptícia, devendo a autoridade agir sempre respaldada na legalidade e na constituição (que constitui a ação dos agentes políticos), tratando a pessoa investigada como titular de direitos e não como um ser coisificado.

Doutra banda, não se ignora que, fora das hipóteses de má-fé da autoridade interrogadora, a situação jurídica da pessoa convocada para depor pode alterar-se no curso do ato procedimental, momento em que a Autoridade deve, atenta ao que se passa, advertir o declarante de seu direito ao silêncio, bem como de constituir advogado:

Embora a convocação da pessoa seja para depor na qualidade de testemunha, essa situação poderá ser apenas aparente e fictícia ou, mesmo sincera, no decorrer da inquirição, poderá alterar-se a situação de testemunha para suspeito. O conteúdo das perguntas é que informará a finalidade. Quando o conteúdo delas for incriminatório, próprio da inquirição de um suspeito ou acusado, aplica-se o *nemo tenetur* e o direito ao silêncio ao depoente (GIACOMOLLI, 2014, p. 199).

O princípio do *nemo tenetur se detegere* traz obrigações ao órgão do Ministério Público também, na medida em que mencionada instituição, essencial ao Estado de Direito, exerce tanto o papel de fiscal da constitucionalidade (legalidade)³, como de parte (titular da ação penal) ou de autoridade investigadora (enquanto responsável pela condução da investigação preliminar, independente da atuação policial).

³ Ainda que parcela respeitável da doutrina conceba o Ministério Público como verdadeira parte interessada no processo penal, portanto, parcial (KARAM, 2009).

Atenta a essa atuação ministerial, bem como de outras autoridades administrativas, a doutrina vem ponderando que:

Seguidas decisões do Supremo Tribunal Federal têm assegurado o direito silêncio ao suspeito intimado a depor na qualidade de testemunha. A fim de evitar manobras tendentes a obstaculizar a utilização do direito ao silêncio, chega-se, inclusive, a sustentar que o direito ao silêncio incide também nas declarações tomadas de suspeitos, indiciados e testemunhas, perante as Comissões Parlamentares de Inquérito. Assim como em declarações e depoimentos prestados em sindicâncias e processos administrativos, sejam eles realizados por autoridades do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário. É que a autoincriminação poderá ocorrer em qualquer declaração ou depoimento, prestado em sede administrativa, legislativa ou judicial, penal ou extrapenal (SAAD, 2009, p. 427).

Nesse pensamento, se determinada pessoa é ouvida como testemunha pela autoridade policial, sem que tenha sido advertida de seu direito de permanecer calada ou de constituir defensor para acompanhar-lhe no ato, o Ministério Público não pode, simplesmente, denunciar referido depoente. Explica-se. O Ministério Público pode enxergar indícios de que aludida pessoa cometeu crime e que, em razão disso, merece ser denunciada. Ocorre que o *Parquet* deve, à luz do *nemo tenetur se detegere*, intimar a agora suspeita da prática do crime para que preste novos esclarecimentos e, desta feita, com a advertência de que não é obrigada a produzir meios de prova contra si mesma.

Além disso, as declarações efetivamente prestadas por aquela que desconhecia sua real condição de suspeito da prática de crime com capacidade para a autoincriminação, além de possível contaminação da autoridade julgadora, geram o indesejado desequilíbrio processual, por conta do tratamento desigual fornecido às partes (ausência de informação).

Assim, ciente de que não é obrigado a colaborar com as investigações, sempre que isso lhe gerar prejuízo pessoal, o investigado pode decidir pelo seu comparecimento ou não à audiência judicial ou extrajudicial, posto que uma das implicações do exercício do *nemo tenetur se detegere*, não se podendo falar em revelia no processo penal:

A contumácia ou revelia, como explica Delmanto Junior, é carregada de conotação negativa, extremamente pejorativa, significando ultraje, desdém, ilícito, rebeldia etc.; daí por que, como afirma o autor, “sua aplicação afigura-se, por si só, totalmente incompatível com a concepção de que não há como dissociar a inatividade do acusado, de um lado, do exercício dos direitos a ele constitucionalmente assegurados da ampla defesa e do silêncio, de outro”. Não existe censura ou verdadeiro prejuízo jurídico em relação à conduta do réu que, por exemplo, não comparece ao interrogatório ou não permite que se lhe extraia material genético para realização de perícia (LOPES JR, 2016).

Logo, não há que se analisar os direitos fundamentais de forma divorciada, pois, o prejuízo a um, acarretará, invariavelmente, o comprometimento a outro. Nesse diapasão:

Sem tratamento isonômico das partes, é impossível existir processo justo (*fair hearing*). O princípio enuncia que as partes devem ser tratadas com igualdade na medida em que as semelhanças as aproximem e de forma desigual sempre que as diferenças concretas/estruturais as distanciem, tudo direcionado para que o autor e réu gozem de igualdade concreta de tratamento pelo órgão julgador (MELCHIOR; CASARA, 2013, p. 339).

Felizmente, a busca por um processo penal mais igualitário e a necessidade de repelirem-se ofensas ao devido processo legal vêm ecoando na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, especialmente, em relação à sua Quinta turma (STJ - RHC 30.302/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 25/02/2014, DJe 12/03/2014 e STJ - HC: 249330 PR 2012/0153144-0, Relator: Ministro Jorge Mussi, Data de Julgamento: 12/02/2015, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 25/02/2015), reafirmando a importância de a investigação seja conduzida em perfeita consonância com a Constituição da República.

DA PROCEDÊNCIA INQUISITÓRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

As inquietações manifestadas acima (no que tange à violação de direitos fundamentais, *in casu*, o direito ao *nemo tenetur se detegere*, primordialmente) vão além da mera discussão acadêmica. Para além do debate doutrinário, deve-se encampar a luta pela democratização do processo penal brasileiro, o qual, apesar do Texto Constitucional de 1988, segue atrelado às suas raízes autoritárias.

O Código de Processo Penal brasileiro, aprovado em 1941, durante o Estado Novo, possui inequívoca pertinência com o regime autoritário então vigente na Itália, que era presidida por Mussolini, ditador responsável por liderar o fascismo naquele país. Da lavra do Ministro da Justiça e Negócios Interiores Francisco Campos, a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal traz expressa referência a Arturo Rocco, um dos inspiradores do Código Penal Italiano de 1930, marcadamente autoritário.

Arturo Rocco, além de jurista e professor universitário, era procedente do nacionalismo de direita e um dos maiores defensores do agigantamento do Estado perante o indivíduo (este enquanto nada, aquele na condição de tudo).

O Código de Processo Penal de 1941 conferia (e ainda o faz, apesar das reformas parciais já operadas em seu texto originário) ao juiz um conjunto de poderes instrutórios, o papel de protagonista, o poder de iniciar ações penais de ofício (dito procedimento judicialiforme), a autoridade para condenar o acusado, mesmo que a parte autora tenha pedido a absolvição, convertendo a figura do magistrado em mero sancionador do direito de punir.

Sobre o tema, destaca-se o ensinamento de Geraldo Prado (2014, p. 30):

A categoria verdade material e as influências recíprocas entre direito material e direito processual penal, da obrigatoriedade da ação penal pública à pretensão (retórica) de castigar todos os autores de crimes e assim afirmar a razão de estado sobre a razão individual, contrária à norma penal, instilaram o fluído ideológico que se espalhou pela doutrina e jurisprudência brasileiras e passou a ser o vocábulo obrigatório do discurso jurídico sobre prova e verdade.

Não é nenhum exagero afirmar que o Código de Processo Penal de 1941 é fiel à doutrina fascista e, por conta disso, inquinado de autoritarismo e de inquisitorialidade, não sendo compatível com a atual ordem constitucional. Dessa forma, “um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial” (COUTINHO 2009, p. 254).

A opção política do Código de Processo Penal de 1941 não foi pela garantia do status libertatis, pelo contrário. Basta ver-se que boa parte das prisões provisórias decretadas ao longo dos anos no país leva em consideração o risco de ofensa à garantia da ordem pública, até hoje sem conceito claro e de difícil concretização.

(...) Os fascistas talvez não soubessem o que queriam, mas sabiam muito bem o que não queriam. Não queriam, em uma palavra, a democracia, entendida como laborioso e difícil processo de educação na liberdade, de governo através do controle e do consenso, de gradual e sempre contestada substituição da força pela persuasão... (BOBBIO, 2007, p. 29).

O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO VIA CUMPRIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na sequência do que se disse acima, para que se cumpra com as conquistas políticas advindas com a Constituição da República de 1988, faz-se necessário superar o defasado e inservível Código de Processo Penal, posto que impregnado de preceitos autoritários (dentre outros, seu artigo 198), partindo-se para a democratização do processo penal.

Só haverá processo penal democrático se se impuser limites ao exercício do direito de punir por parte do Estado. “Só há Estado democrático de direito se existir democracia substancial, isto é, se além do sufrágio universal, também se fizer presente o respeito aos direitos e garantias fundamentais” (MELCHIOR; CASARA, 2013, p. 23).

Essa nova e necessária compreensão do Estado como Democrático e de Direito, além de conduzir a uma leitura democrática do processo penal, fará com que os sujeitos processuais também revejam suas respectivas atuações. Trata-se de uma reeducação que afetará juízes, promotores, delegados, defensores e fundamentalmente a sociedade. Mais. O desapego a valores antidemocráticos repercutirá em todos os Poderes da República.

Relevante a leitura feita pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli (2011, p. 26) acerca do assunto, merecendo colação:

Daqui a conotação substancial colocada pelos direitos fundamentais ao Estado de direito e à democracia constitucional. São, em verdade, justamente substanciais, isto é, relativas não à forma (ao quem e ao como), mas à substância ou o conteúdo (ao que coisa) das decisões (ou seja, ao que não é lícito decidir ou não decidir), as normas que prescrevem – além das, e talvez, contra as, contingentes vontades das maiorias – os direitos fundamentais: sejam aqueles de liberdade que impõem proibições, sejam aqueles sociais que impõem obrigações ao legislador. Disso resulta desmentida a concepção corrente de democracia como sistema político fundado sobre uma série de regras que asseguram a onipotência da maioria. Se as regras sobre a representação e sobre o princípio da maioria são normas formais sobre aquilo que pela maioria é decidível, os direitos fundamentais prescrevem aquilo que podemos chamar de a esfera do indecidível: do não decidível que, ou seja, das proibições correspondentes aos direitos de liberdade, e do não decidível que não, das obrigações públicas correspondentes aos direitos sociais.

Nessa linha de raciocínio, Estado Democrático é aquele em que se dá o respeito aos direitos fundamentais, independentemente do interesse majoritário de sua população. Não há democracia onde não se respeita os direitos fundamentais politicamente conquistados.

A esse ponto, considerando-se o papel desempenhado pelos direitos fundamentais no Estado Democrático, recorre-se o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 61):

A imbricação dos direitos fundamentais com a ideia específica de democracia é outro aspecto que impede seja ressaltado. Com efeito, verifica-se que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido dos direitos de participação e conformação do *status* político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e, neste sentido, parâmetro de sua legitimidade.

A democratização do processo penal brasileiro perpassa, indubitavelmente, pela reafirmação do modelo ou sistema acusatório, disposto na Constituição da República, ainda que de forma tácita, atribuindo-se tratamento igualitário às partes e quebrando o panorama em que o protagonismo judicial impera. Ora, no sistema acusatório, a gestão da prova se encontra a cargo das partes. Se o magistrado assume esse papel de gestor, ele desequilibra a relação processual, desvirtuando sua atuação, qual seja, a de funcionar como terceiro desinteressado.

Segundo José de Assis Santiago Neto (2012, p. 141), essa almejada democratização virá à medida que a desigualdade ou o desequilíbrio entre as partes do processo for devidamente extirpado(a):

O Estado Democrático de Direito exige que as partes e o juiz sejam colocadas em posição de isonomia, atuando de forma conjunta, participativa, na construção da decisão. Isso somente se conseguirá com a adoção de um modelo constitucional de processo que coloque o juiz e as partes em posição isonômica, de forma que todos sejam responsáveis pelo resultado do provimento, atuando de forma conjunta com iguais oportunidades de falta e de atuação.

Portanto, a humanização e democratização do processo e do Estado emergem como trilhas necessárias para efetivar os direitos fundamentais individuais e sociais. O direito ao silêncio, ao vedar a obrigação de produzir provas contra si mesmo, enraíza-se constitucional e convencionalmente, desempenhando um papel crucial na diferenciação entre Estados Totalitários e Democráticos.

Numa democracia substantiva, para além do sufrágio, persiste uma preocupação constante com o respeito aos direitos fundamentais. Em respeito a essa característica e para que não se quebre o desequilíbrio processual é imprescindível que os sujeitos processuais tenham plena consciência de suas limitações, atribuições, competências e deveres. O processo penal não pode servir como meio de expiação, como forma de coisificação da pessoa humana.

Um processo penal desigual, e aqui vale destacar que a maioria dos feitos decorre de investigações criminais ou administrativas, não cumpre com o seu papel constitucional, quando se afasta da ética, da legalidade e da obediência aos direitos fundamentais.

CAPÍTULO 2

A (IN)COMPATIBILIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA COM O DIREITO FUNDAMENTAL QUE VEDA A AUTOINCRIMINAÇÃO COMPULSÓRIA

Ainda que o inquérito policial não seja imprescindível, enquanto instrumento dedicado à formação da *opinio delicti* do *Parquet*, para o exercício do direito de ação e futura deflagração do processo penal, sabe-se que boa parte dos feitos instaurados conta com um instrumento de investigação policial, conduzido pela Polícia Judiciária, como base inicial de investigação.

É justamente na fase de investigação preliminar (exclusivamente em sede de inquérito policial) que a prisão temporária pode ser utilizada, conforme dispõe a Lei nº 7.960/1989, nos casos em que a privação da liberdade for necessária para a investigação, diante de ausência de endereço fixo ou de informações sobre a identidade do investigado e em razão de participação da pessoa presa, como autora ou partícipe, dos seguintes delitos: homicídio doloso (simples e qualificado); sequestro ou cárcere privado; roubo; extorsão; extorsão mediante sequestro; estupro; epidemia com resultado morte; envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; associação criminosa; genocídio; tráfico de drogas; crimes contra o sistema financeiro e os previstos na lei antiterrorismo (BRASIL, 1989).

O instituto da prisão temporária, portanto, reforça a compreensão de que o investigado é mero objeto da investigação, sendo desprovido de direitos, nada mais significando que um instrumento nas mãos do Estado, que se apossa do corpo daquele. A prisão temporária trabalha com a lógica invertida: prende-se antes, investiga-se depois (NICOLITT, 2014, p. 757). Não por acaso, a redação original do Código de Processo Penal aprovado em 1941 consagrava várias hipóteses de prisão provisória (aquela que dispensa o trânsito em julgado da condenação), tais como a decorrente da decisão de pronúncia e aquela consistente em inequívoco requisito recursal. Ocorre que, conforme a ideologia autoritária que fundou a Constituição de 1937 e inspirou a criação das legislações criminais aprovadas durante o Estado Novo (Código Penal, Lei das Contravenções Penais e o próprio Código de Processo Penal), a liberdade da pessoa investigada, processada ou condenada era vista como excepcional.

Nesse sentido, a pesquisa parte da hipótese de que a prisão temporária é incompatível com o princípio do *nemo tenetur se detegere*, da feita que serve para obrigar o investigado, em sede de

inquérito policial, a colaborar com as investigações, mediante coação, em flagrante afronta à disciplina constitucional e convencional dos direitos fundamentais.

O principal problema a ser enfrentado reside em saber como um instituto flagrantemente inconstitucional segue, há mais de 30 anos, sendo utilizado, quase que indiscriminadamente, pela, equivocadamente, denominada Polícia Judiciária, com aval do Judiciário e do Ministério Público. Fala-se da tradição autoritária que implica na maneira “como o Sistema de Justiça Criminal é percebido, no modo como a prisão e outros meios de força são privilegiados, enquanto a liberdade passa a ser afastada no dia a dia sem maiores constrangimentos” (CASARA, 2017, p. 106).

Utilizando-se do método dedutivo, o objetivo é explorar, ainda que de forma lateral, situações nas quais se decretou a prisão temporária, apenas para fins ilustrativos. Para tanto, primeiramente se dedicará à contextualização histórica, jurídica e política do instituto da prisão temporária, e posteriormente, sob as primas da constitucionalidade e da convencionalidade, o direito fundamental ao silêncio (no qual se insere a proibição à autoincriminação).

A PRISÃO TEMPORÁRIA NA HISTÓRIA: “AS COISAS MUDAM DE NOME, MAS CONTINUAM SENDO O QUE SEMPRE SERÃO”⁴

A prisão temporária está regulamentada pela Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, resultante da conversão da Medida Provisória 111, de 14 de dezembro de 1989, que objetivava regulamentar a antiga “prisão para averiguação”⁵, criticável, mas há muito utilizada.

No que tange à história legislativa, a prisão por suspeita policial, no curso da investigação criminal, já teria existido no Código de Processo Penal não aprovado, conforme Projeto de Lei 1.655 de 1983, resultante do anteprojeto feito pelo Professor José Frederico Marques em 1970 (CHOUKR, 2018). Aludido Projeto admitia a prisão para forçar o cumprimento de ônus a que estaria sujeito o investigado no processo ou no bojo de inquérito policial, ou quando houvesse perturbação do curso das investigações policiais, ou houvesse suspeita razoável de participação em crime de roubo, latrocínio, extorsão, quadrilha ou bando ou tráfico de entorpecentes, sequestro, estupro, atentado

⁴ GESSINGER, 1987.

⁵ Parcela da doutrina promove a distinção entre as seguintes espécies de prisão: a) Para averiguação, pela qual a restrição da liberdade ocorre sem que exista uma investigação em curso; e, b) Para investigação, em tese compatível com a denominada prisão temporária ora discutida e que vai de um fato delituoso para uma pessoa específica (RIBEIRO, 1994, p. 273 apud CAMPOS, 2009, p. 115). Malgrado esse entendimento, considera-se que a essência autoritária da prisão para averiguação restou conservada com a criação da prisão temporária. Tais espécies de prisão se distinguem, basicamente, pelo órgão encarregado para a expedição da ordem prisional: na prisão para averiguação, a ordem partia da polícia, enquanto que na temporária, cabe ao Judiciário decidir sobre o seu cabimento (NICOLITT, 2014, p. 755).

violento ao pudor, rapto não consensual, ou quando o indivíduo deixasse de comparecer a qualquer ato necessário à instrução do inquérito (CAMPOS, 2009).

Trata-se de modelo inspirado em institutos análogos aos de outros países, como, por exemplo, a *prisión incomunicada*⁶ do Direito espanhol e a *garde à vue*⁷ do Direito francês (CAMPOS, 2009), institutos esses que vêm sofrendo severas restrições pela Corte Europeia de Direitos do Homem, por conta da fragilidade que causam aos meios de defesa (CHOUKR, 2018).

A sua vez, a Prisão Temporária surge logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, atendendo os anseios de setores polícia judiciária brasileira, que teria, supostamente, seus poderes reduzidos frente ao novo contexto constitucional, por conta da perda de algumas das suas principais prerrogativas, em especial o de prender para “averiguar”. Tendo em vista que na época da Ditadura Civil-Militar (1964-1985) era comum, na prática policial, a realização de prisões e de busca e apreensão sem a necessidade de autorização judicial, a investigação policial somente era realizada se o suspeito estivesse completamente à disposição da polícia. A escassez dos meios de prova da época fazia com que o investigado fosse o principal meio de prova. O que explica a forma em que fora vista (a extinção da prisão para averiguação) pelos setores policiais: como uma castração de suas prerrogativas. (LOPES JR, 2014, p. 901). “Contudo, os constituintes optaram por ‘legalizar’ a prisão para averiguações, chamando-a de temporária e agora com o aval de um magistrado” (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015, p. 240).

Frente ao novo texto constitucional e com a necessidade de superar as ilegais “prisões para averiguações”, usou-se de processo legislativo pelo qual a “lei da prisão temporária” entraria no ordenamento jurídico brasileiro, antecedida pela Medida Provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989, e que fora corroborada com a alteração da redação pela Lei nº 7.960 de 21 de dezembro do

⁶ “A *prisión incomunicada* pode ser decretada pelo tribunal ou pelo juiz de instrução, e tem por fim evitar que se subtraíam da ação da justiça pessoas supostamente envolvidas nos fatos investigados, ou que elas atuem contra bens jurídicos da vítima, que ocultem, alterem ou suprimam provas ou que cometam novos delitos (artigo 509, 1, Ley de Enjuiciamiento Criminal). A incomunicabilidade durará somente o tempo necessário a evitar esses perigos e não poderá exceder a cinco dias, podendo este prazo ser prorrogado por uma vez se se tratar de terrorismo ou de organizações criminosas (artigo 509, 2). Não se admitirá que o preso faça ou receba qualquer comunicação, salvo se isto não frustrar os fins da prisão incomunicável (artigo 510, 3)” (CAMPOS, 2009, p. 2). Ressalte-se que a parte do Código de Processo Penal referente à incomunicabilidade do preso não foi recepcionada pela Constituição da República.

⁷ “Por meio da denominada guarda à vista (*garde à vue*), por sua vez, o oficial de polícia poderá determinar, por necessidade de investigação, a prisão de qualquer pessoa suspeita de haver cometido ou tentado cometer uma infração penal. Nesse caso, o Ministério Público deverá ser cientificado da prisão, que não poderá durar mais de vinte e quatro horas, com possibilidade de ser prorrogada por igual período mediante autorização escrita do Procurador da República (artigo 63, CPP francês). Revelando preocupação com a necessidade de preservar a investigação, o legislador francês estabeleceu que a pessoa colocada em guarda à vista pode pedir para que seja informada da sua prisão a pessoa com quem resida ou um parente próximo; ressaltou, entretanto, que se o oficial de polícia considerar que esse pedido pode comprometer as investigações, negá-lo-á e comunicará esse fato ao Procurador da República, a quem caberá decidir sobre o acolhimento (artigo 63-2)” (CAMPOS, 2009, p. 2/3). A exemplo da *prisión incomunicada*, a *garde à vue* também se revela incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, notadamente no que tange ao direito do preso/detido de constituir advogado ou contatar familiar.

mesmo ano. O que merece atenção em relação aos limites materiais da medida provisória em sede de matéria processual penal (CHOUKR, 2018).

Com tal procedimento, edição de Medida Provisória, o Poder Executivo infringiu o disposto no art. 22, I, da Constituição Federal, posto que legislou sobre matéria penal ao criar um novo tipo penal na Lei nº 4.898 e processual penal. Assim, por meio de ato normativo incompatível (medida provisória), repita-se, inegavelmente inconstitucional, criou-se norma penal e processual penal manifestamente viciada, sendo que a posterior conversão da medida provisória em lei não é capaz de afastar o inequívoco vício de origem⁸. “Mas como os juízes e tribunais fizeram vista grossa para essa grave inconstitucionalidade, a lei segue vigendo” (LOPES JR. 2014, p. 902).

Surgiram críticas ao ato do Executivo, na senda de que à Presidência da República não era permitido legislar, em especial no que se refere a matérias que ferem garantias individuais, como a liberdade. O Conselho Federal da OAB ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar (ADIMC nº 162) contra o Presidente da República, visando a declaração da inconstitucionalidade da Medida Provisória. O que fora rejeitado por oito votos a dois pelo Supremo Tribunal Federal⁹, que se manifestou pela constitucionalidade da Medida Provisória, a qual foi em seguida convertida na Lei nº 7.960/89. Prevaleceu o voto do relator Ministro Moreira Alves no posicionamento de que, salvo em situações excepcionais, não caberia ao Poder Judiciário o exame da relevância e da urgência de uma medida provisória (CAMPOS, 2009, p. 56).

Posteriormente, a Emenda Constitucional 32 de 2001 passou a vedar expressamente a utilização desse mecanismo processual legislativo para a normatização do Processo Penal, como também do Direito Penal e Processual Civil (CHOUKR, 2018).

Nada obstante a posterior vedação constitucional, abalizada doutrina ainda advoga a impossibilidade de manutenção dessa modalidade de prisão sob a alegação do vício de sua origem legislativa tendo a matéria chegado ao reconhecimento do STF por meio da ação direta de inconstitucionalidade e ali sido rechaçada mesmo antes da edição da emenda constitucional 32/2001, afastando-se as alegações de vício legislativo por outro fundamento (CHOUKR, 2018, p. 796)

⁸ Também se destaca a ausência dos requisitos de urgência e relevância para a edição da medida provisória comentada acima, haja vista que o ordenamento jurídico já contemplava outras espécies de prisão cautelar.

⁹ Importante observar que após a promulgação do Texto Constitucional em 1988, não se operou à mudança da composição da cúpula do Poder Judiciário, razão pela qual, boa parte dos ministros que participou do julgamento da ADIMC N° 162 era remanescente do período ditatorial civil-militar de 1964-1985, consoante SCHINKE (2016).

De outro lado, analisando a exposição de motivos da Lei nº 7.960, de 1989¹⁰, esta pode ser vista como sendo um produto de comoção social, uma vez surgira em meio ao movimento de Lei e Ordem, que tinha como objetivo o endurecimento de penas e das medidas que buscavam o cumprimento destas. Procurava-se satisfazer os anseios da sociedade, através de penas e tratamentos mais duros e severos aqueles que desobedecessem a regras impostas. Outro produto desse momento e que mostra a necessidade de imposição de medidas mais severas é a lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8072/90), que fora promulgada meses depois da Lei 7960/89 (MARTINS, 2019).

No mesmo sentido, LINO (2001, p. 43) destaca seu caráter de desigualdade, uma vez que a prisão temporária foi trazida ao Brasil quando se anunciava, com ampla cobertura midiática, a prática dos sequestros do publicitário Luiz Salles e do empresário Abílio Diniz:

Submetida a referida medida provisória à apreciação do Congresso Nacional e tendo em vista o término do prazo concedido à Comissão Mista para emitir parecer sobre a constitucionalidade e seu mérito, o Senador-Relator Meira Filho apresentou o Projeto Lei de Conversão n. 39/89 que, uma vez discutido, votado e aprovado, forneceu a redação da Lei n. 7.960/89, valendo registrar que a prisão temporária foi instituída no Brasil quando se noticiavam, mediante sequestro perpetrado contra o publicitário Luiz Salles (em 31 de julho de 1989, na cidade de São Paulo-SP) e o empresário Abílio Diniz (em 11 de dezembro de 1989, na cidade de São Paulo-SP). Não constitui novidade o endurecimento da legislação penal brasileira quando os crimes alcançam a elite socioeconômica. A desigualdade é notória. (LINO, 2001, p. 43)

Em apertada síntese, a prisão temporária foi aprovada em atendimento aos reclamos por políticas criminais do estilo “lei e ordem”, isto é, de procedência autoritária (precisamente fascista), consistente na exploração do medo social como justificativa para a expansão de normas penais draconianas, além da redução/limitação de garantias fundamentais aos indesejáveis (os não cidadãos ou os foras da lei, conforme STANLEY, 2018, p. 112).

Para SZNICK (1994, p. 485), o real objetivo da Prisão temporária foi o de fornecer à polícia o “maior alcance no que se refere às prisões, as chamadas prisões para averiguações, que eram ilegais, mas que a autoridade policial teimava em fazer e o Poder Judiciário a fechar os olhos como se a mesma não existisse”. Este posicionamento também é compartilhado por SPONHOLZ e BREDA:

“Parece indispensável a adoção da chamada prisão para averiguações (ou prisão temporária, na terminologia do Projeto de Código de Processo Penal), baixada por

¹⁰ “O clima de pânico que se estabelece em nossas cidades, a certeza da impunidade que campeia célere na consciência de nosso povo, formando novos criminosos, exigem medidas firmes e decididas, entre elas a da prisão temporária” (Exposição de motivos da Lei nº 7.960, de 1989).

autoridade jurisdicional. A realidade demonstra que a prisão para averiguações existe, mesmo que não tolerada na justiça comum”. (SPONHOLZ, BREDA, p. 150)

Trata-se, portanto, de um tipo de prisão cautelar que tem o objetivo de satisfazer o interesse da Polícia, sob o pretexto da imprescindibilidade da prisão de alguém para a investigação do inquérito, que na verdade ocorre é consentir que a Polícia possua o investigado. Ao contrário do que acontece na preventiva, onde o sujeito fica em um estabelecimento prisional e, caso a polícia deseje leva-lo para interrogatório ou para participar de algum ato de investigação, necessitará de autorização do juiz, a prisão temporária lhes concede ampla autonomia sob o investigado, até mesmo para que fique detido na própria delegacia de polícia (LOPES JR., 2014, p. 902).

Esse tipo de prisão visa permitir que a autoridade policial, diante da prática de um crime que esteja disposto na Lei n. 7.960/1989, não possuindo ainda elementos de prova que permitiram a prisão preventiva e na ausência de flagrante, permaneça com o investigado sob sua proteção e disposição, com o fim de proceder à coleta de demonstrativos de autoria e materialidade. (ZAGALLO, 2005, p. 83)

JORGE (2009) leciona no sentido de que, ao afirmar que a prisão é imprescindível para a investigação policial é afirmar a incompetência estatal em relação as atividades criminais que esta deveria cumprir, sem levar em conta o notório afrontamento ao princípio constitucional da presunção de inocência, devido processo legal e do contraditório.

Pode-se afirmar ainda, que não existe “qualquer lacuna a ser suprida que as prisões já existentes não sejam suficientes, principalmente porque o seu principal fundamento, que eleva a investigação policial como razão da própria prisão, é insustentável” (MOREIRA, 1996, p. 97).

Segundo MOREIRA (1996), a prisão temporária não possui o caráter instrumental das demais cautelares do processo penal, visto que, está é prevista única e exclusivamente para utilização durante o inquérito policial, ou seja, quando ainda sequer existe um processo em curso, se mostrando uma verdadeira antecipação da pena.

POVOA (1996, p. 57) reforça ao dizer que “o resguardo das provas, elementos pessoas e situações durante o inquérito policial são de natureza administrativa, e não cautelar, pois ainda não há sequer perspectiva de decisão de mérito a ser assegurada”. E mais, que “a prisão temporária é uma medida judicial odiosa, provisória e de cunho administrativo, pois apesar de ser decretada judicialmente, seu caráter é nitidamente a um poder de polícia administrativo balizado pelo juiz”.

O que leva a crer que a prisão temporária, mesmo com outra roupagem, não deixa de ser uma prisão para averiguações, apenas vestida de outra forma (MOREIRA, 1996, p. 97).

“A prisão temporária, instituída pela Lei 7.960, de 21.12.1989, e considerada, até um retrocesso, corresponde à antiga “prisão para averiguações”, objurgada pela doutrine; consubstanciando-se na regulamentação de abusiva prática policial de encarceramento de suspeito previamente à conformação de indícios de autoria da prática delituosa.” (TUCCI, 2009, p. 215)

À guisa de conclusão parcial, a prisão temporária se coaduna com uma proposta autoritária de Direito Penal do Autor, que transcende à análise objetiva do fato praticado, abarcando subjetividades afetas ao suposto criminoso¹¹. Noutros dizeres, pune-se ou se prende alguém pelo que ele é, não, apenas e exatamente, pelo que ele praticou. A prisão para averiguação foi amplamente utilizada para aqueles considerados vadios nos termos da malsinada Lei de Contravenções Penais, enquanto suspeitos principais pelo cometimento de outros delitos (RANGEL, 2015, p. 847).

A LIBERDADE COMO EXCEÇÃO E O PREJUÍZO AO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

Aponta-se o surgimento para o direito à não autoincriminação no processo penal a partir da Idade Moderna, como resposta à utilização da tortura contra acusados e testemunhas. Com o passar dos anos, muitos países consagraram essa garantia como insofismável direito fundamental em suas respectivas Constituições. Com isso, acusados, testemunhas, peritos, dentre outros podem negar-se “a responder a perguntas, a fornecer documentos ou a colaborar como peritos, para não se autoincriminarem, nem incriminarem aos seus familiares” (GRECO, 2010, p. 67)

O direito de defesa ou a garantia da ampla defesa possui a seguinte estrutura, segundo a doutrina:

A garantia da ampla defesa se divide em defesa técnica (pública) e autodefesa (privada). Esta é exercida pessoalmente pelo acusado (ou investigado), o qual, caso queira, pode declarar ou não sua versão dos fatos (interrogatório judicial ou extrajudicial), bem como, contribuir ou não com a atividade probatória (DIAS, 2016, p. 102).

Por sua vez, a autodefesa pode ser manifestada de forma positiva ou negativa pelo acusado ou investigado. A autodefesa positiva é basicamente exercida no ato do interrogatório judicial e se caracteriza pelo agir positivo do interrogado, por meio de declarações prestadas à autoridade

¹¹ ZAFFARONI (2017, p. 246-253) observa que o Direito Penal nazista, notadamente a partir das construções teóricas de Erik Wolf (que concebia uma dupla tipicidade: objetiva e subjetiva, sendo que esta serviria para agravar a situação do apenado) e Dahm (que formulou uma tipicidade única objetiva-subjetiva capaz, inclusive, de levar à eliminação do injusto), estabeleceu um Direito Penal do Autor de viés normativo e não criminológico (etiológico).

judiciária, ministerial ou policial. Além mais, o suspeito ou acusado pode fornecer material genético, datilográfico, participar de reconstituições e etc.

A autodefesa negativa se revela quando o investigado ou acusado se nega a colaborar com as investigações, justamente por não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo, bem como quando se nega a fornecer declarações durante o ato de interrogatório judicial ou extrajudicial, permanecendo em silêncio.

O princípio do *nemo tenetur se detegere* que, em tradução livre, dispõe que ninguém é obrigado a revelar-se, possui assento constitucional no artigo 5º, LXIII, quando estabelece que a pessoa presa será informada de seus direitos, dentre os quais, o de manter-se em silêncio. Apesar de o Texto Constitucional se referir à pessoa que se encontra sob custódia do Estado, ainda que provisória, o Supremo Tribunal Federal há tempos estende a aplicação do princípio a toda e qualquer pessoa, independentemente de seu *status libertatis*.

Nos termos do Acórdão ementado, o Supremo Tribunal Federal aplica o artigo 5º, LXIII, da Constituição da República de forma abrangente, para reconhecer o direito ao silêncio à pessoa que não está presa:

(...) Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. "Nemo tenetur se detegere". Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. e nesse direito ao silêncio inclui-se até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 68929, 1991).

Além mais, parte considerável da doutrina, valendo-se do disposto no artigo 8.2, g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que se volta a toda pessoa, não vê motivos para que o princípio que veda a autoincriminação se aplique tão somente a pessoa que se encontra presa (LOPES JR, 2014). A isso, acrescente-se o disposto no artigo 186 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi dada após a reforma legislativa de 2008.

Referido princípio funciona, assim, ao mesmo tempo, como um direito fundamental da pessoa e ainda como “uma garantia: garantia da liberdade de autodeterminação do cidadão” (MELCHIOR; CASARA, 2013, p. 472).

O *nemo tenetur se detegere* é claramente um direito fundamental, seja pelo aspecto formal (positivação constitucional), seja pelo seu conteúdo (destinado à proteção da dignidade humana

contra práticas investigatórias abusivas e atentatórias aos direitos de primeira dimensão: liberdades civis e políticas).

QUEIJO (2012, p. 77) reconhece a natureza de direito fundamental do *nemo tenetur se detegere*, reforçando que ele almeja tutelar a pessoa humana contra abusos estatais, na seara da investigação preliminar, do processo penal e da execução penal, estando proibidas “violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações”.

Além de sua consagração no plano normativo interno, o direito à não autoincriminação também encontra guarida nos Tratados e Convenções Internacionais que versam sobre Direitos Humanos, principalmente aqueles reservados aos direitos processuais de defesa. Nesse diapasão, além da já mencionada Convenção Americana, vale citar o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14) e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 6º).

Em matéria de Direitos Humanos, vige o diálogo entre as fontes normativas internas e internacionais, cujo resultado leva à complementariedade entre tais diplomas, sendo que referida integração é regida pelo princípio do *pro homine*, o qual, em síntese, prevê que eventuais omissões ou contradições sejam solucionadas com base na norma mais protetiva para os interesses da pessoa.

O princípio do *pro homine* encontra sustentação nas premissas da boa-fé (que pressupõe o respeito aos Tratados e Convenções pelo Estado que se dignou a ratificá-los) e da interpretação teleológica (no âmbito interno, deve-se criar condições de efetividade para o cumprimento dos Diplomas internacionais) GOMES; MAZZUOLI, 2010, p. 117.

Com essas observações, é seguro assentar que o princípio do *nemo tenetur se detegere* possui base jurídica tanto no campo interno, quanto internacional, “sendo considerado um direito humano fundamental, assente no princípio básico de que ninguém pode ser obrigado a testemunhar contra si próprio” MACHADO; RAPOSO (2009, p. 15).

As autoridades brasileiras ligadas ao Sistema de Segurança Pública e ao Sistema de Justiça Criminal devem, inapelavelmente, respeitar o direito fundamental que proíbe a autoincriminação sorrateira. Para tanto, sob pena de invalidade do ato, o sujeito passivo da investigação ou do processo deve ser cientificado pela autoridade responsável sobre a possibilidade de exercer o direito ao silêncio (ou de não colaborar, seja de que maneira, com a investigação da qual é alvo). Essa advertência é fruto de exigência constitucional, legal e convencional, devendo constar dos autos.

PRADO (2009) aduz que o direito de não constituir prova contra si mesmo não afasta a possibilidade de os órgãos de Segurança Pública ou de acusação alcançarem elementos de provas por outros meios, distantes de qualquer tipo de coação (como condução coercitiva ou prisão temporária).

O que resta defeso é o uso de meios coercitivos contra o acusado para que ele forneça dados ou elementos capazes de incriminá-lo (a exemplo de material grafotécnico de próprio punho).

Vale observar que o direito ao silêncio é uma decorrência do próprio *nemo tenetur se detegere*, já que este, “além do direito ao silêncio, diz respeito às provas que dependam da cooperação do acusado para a sua produção” LIMA (2009, p. 179).

Segundo parcela da doutrina, ao adotar a regra que impede que alguém seja compelido a se autoprejudicar criminalmente, o Estado brasileiro adotou modelo divorciado do que se pode chamar de autoritário:

Oposto ao modelo autoritário está o modelo democrático, em que o indivíduo não perde sua condição de sujeito na relação processual. Ele não é o objeto da investigação, mas um ator em igualdade de condições com a parte acusatória. Aqui, a liberdade do indivíduo é anteposta aos interesses repressivos, tomando-se a garantia de não se autoincriminar como barreira intransponível na instrução probatória por parte da acusação. Por conseguinte, o sistema resultante será fundamentalmente garantista e, por isso, intimamente conectado aos pressupostos que estruturam o Estado Democrático de Direito (BOTTINO, 2009, p. 574).

Entretanto, há que se discordar do posicionamento de BOTTINO (2009), haja vista que mesmo com o advento da Constituição da República, poucos avanços foram obtidos no âmbito da persecução penal. “O impacto do autoritarismo, ao longo das últimas décadas, além de não permitir o desenvolvimento de uma consciência cívica, impediu uma adesão social aos valores democráticos” PASTANA (2009, p. 44). Prova disso é a própria convivência da prisão temporária com a Constituição da República e com todos os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos já absorvidos pelo ordenamento jurídico pátrio. Ademais, somente em 2018 foi reconhecida a incompatibilidade da condução coercitiva com a ordem constitucional e convencional pelo Supremo Tribunal Federal, conforme ADPF’S 395 E 444.

Ainda assim, o reconhecimento da incompatibilidade constitucional da condução coercitiva para fins de interrogatório não pode, infelizmente, ser tratada como uma vitória definitiva a essa prática. Vale lembrar que a execução antecipada da pena criminal (notadamente, a privativa de liberdade) foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2010 (STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048). Outrossim, essa decisão do pleno da Corte Suprema não foi capaz de evitar que, no caso originário do HC 126.292/SP, tanto o Tribunal de Justiça de São Paulo, quanto o Superior Tribunal de Justiça declarassem a inconstitucionalidade da execução provisória da pena de natureza penal. Ao

contrário. Referidos tribunais, antes mesmo da mudança de entendimento do Supremo, violaram o ordenamento jurídico.

Disso se depreende que, para fins de superação da ideologia autoritária informadora do Sistema de Justiça Criminal e das bases do Direito Processual Penal brasileiros: a) não basta uma Constituição da República garantidora de direitos fundamentais; b) não é suficiente modificar os atos normativos infraconstitucionais para que se adequem ao Texto Constitucional; c) eventuais decisões judiciais consagradoras do Estado Democrático e Constitucional de Direito, nem sempre, possuem vida longa.

A prisão automática do acusado que responde a processo perante o tribunal do júri, abolida formalmente em 2011, mas pelo menos desde 2008 considerara incompatível com a Constituição pós-ditadura, foi restabelecida para o condenado em moldes quase idênticos aos da época do Estado Novo e do Decreto-lei nº 167, de 1938.

O episódio da repriminção da prisão automática do condenado pelo Tribunal do Júri é um exemplo das estratégias de argumentação que na obra prefaciada identificam-se com métodos de ressignificação por meio da «eufemização de certas categorias e usos no direito processual» (PRADO, 2018 p. 13).

Dessa forma, é possível evidenciar o uso inconstitucional da prisão temporária no âmbito do inquérito policial em um Estado Democrático e Constitucional. Essa medida, voltada à detenção do investigado e supostamente crucial para o êxito da investigação, revelou-se condenável diante da ausência de informações ou da fragilidade da apuração, muitas vezes operando como "antecipação punitiva em satisfação à sociedade dirigida pela mídia" (CABETTE, 1997).

Além do vício de origem, a prisão temporária reforça a ideia de que o corpo do investigado pertence ao Estado, a ser custodiado mesmo diante de investigações carentes de lastro probatório suficiente para uma prisão preventiva. Ainda, essa medida não se desvincula do Direito Penal do Autor, permitindo que a persecução penal se concentre em questões subjetivas, afastando-se do fato supostamente investigado.

Urge investir em métodos mais avançados de investigação criminal, repudiando práticas antiquadas, como a prisão para averiguação, e institucionalmente violentas, mesmo que sob outras terminologias, para garantir o respeito aos direitos fundamentais. O combate à criminalidade não deve se dar à custa da violação desses direitos humanos.

Considerando que os direitos fundamentais, segundo GONÇALVES (2016, p. 430), orientam a construção das formas processuais e sua interpretação na razão sistêmica democrática, qualquer desvio desses valores constitucionais significa, inevitavelmente, a negação da almejada civilização nas práticas processuais penais.

CAPÍTULO 3

MEIOS TECNOLÓGICOS DE OBTENÇÃO DE PROVA DIGITAL, BUSCA DA VERDADE E CADEIA DE CUSTÓDIA: O DIREITO PROCESSUAL PENAL ENTRE NOVOS E ANTIGOS DESAFIOS

Ao longo dos últimos anos, experimentou-se verdadeira confusão entre as mudanças sociais e tecnológicas, como se uma não acontecesse em apartado da outra. De fato, e, principalmente, a partir da guerra tecnológica levada a cabo por Estados Unidos e União Soviética, ainda em virtude dos eventos decorrentes do Grande Cisma¹², os avanços tecnológicos no campo das telecomunicações e no da microeletrônica deram à informação um status diferenciado, convertendo-se na matéria-prima da considerada sociedade da informação¹³.

A internet, vale destacar, é fruto da corrida tecnológica travada por soviéticos e estadunidenses, conforme dito acima, sendo criada na década de 60 pela Agência de Projetos de Pesquisa Avançada do Departamento de Defesa dos Estados Unidos, a fim de obstar a invasão ou a ruína do sistema norte-americano de comunicação, na hipótese de ofensiva nuclear operada pelo inimigo¹⁴.

Assim, a sociedade da informação de que ora se fala, segundo Castells, está calcada num novo paradigma tecnológico, o qual, a sua vez, conta com as seguintes características fundamentais: a) a informação enquanto sua matéria-prima, no sentido de que as novas tecnologias são feitas/empregadas para atuarem sobre essa informação; b) a transcendência das consequências dessas novas tecnologias, pois esses meios tecnológicos se mostram aptos para a alteração de todas as atividades humanas; c) o estabelecimento da lógica de redes¹⁵; d) maleabilidade, pois esse novo referencial tecnológico tem o poder de reconfigurar-se cada vez mais rápido; e) a expansível confluência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado, assim vários sistemas se mostram totalmente interligados: telecomunicações, computadores, aparelhos de televisão conectados à internet¹⁶. É seguro dizer, a título de exemplo, que um telefone celular não serve mais apenas para a promoção da telecomunicação entre as pessoas, ele também possui outras funções tecnológicas dentro dessa nova formação.

¹² HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos**: o breve século XX. São Paulo: Companhia das letras, 1995, p. 236/237.

¹³ WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. **Ci. Inf.**, Brasília: v. 29, n. 2, p. 71-77, mai/ago. 2000.

¹⁴ CASTELLS, Manuells. **A sociedade em rede**. v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 44.

¹⁵ WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. **Ci. Inf.**, Brasília: v. 29, n. 2, p. 71-77, mai/ago. 2000, p. 72.

¹⁶ CASTELLS, Manuells. **A sociedade em rede**. v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 108/109.

Essa reconfiguração causada pelo novo paradigma tecnológico, fundante da sociedade da informação, opera mudanças sensíveis nas dinâmicas sociais, políticas¹⁷ e econômicas de todas as sociedades, mais ou menos industrializadas, verificando-se também a manutenção ou recrudescimento das desigualdades entre os povos, pois, nos dizeres de Werthein, [... já é comum a distinção entre países e grupos sociais ‘ricos’ e ‘pobres’ em informação”]¹⁸.

O Direito não fica de fora dessa nova concepção de sociedade, devendo, indubitavelmente, amoldar-se a essa dinâmica, a esse quadro social em que a informação e os dados (especialmente, os digitais) se mostram cada vez mais relevantes. Atenta aos riscos que essa sociedade da informação pode acarretar à defesa dos direitos humanos, Limberger defende que “a democracia deve pressupor o pluralismo informativo e o livre acesso à informação”¹⁹.

Buscou-se com essa introdução reforçar a complexidade das questões que envolvem essa sociedade da informação, especialmente quando, adentrando ao objeto desta investigação, discute-se o impacto dessas novas tecnologias no campo do Direito Processual Penal, notadamente no bojo dos meios de obtenção de prova, especialmente a de natureza digital.

Se o Direito Processual Penal vigente no Brasil ainda conserva marcas²⁰, preceitos, regras e princípios inquisitórios, inapelavelmente, ele possui natureza inquisitória²¹. Nesse sentido, considerando o potencial invasivo (e devastador) que possuem os novos meios tecnológicos de obtenção de prova, como assegurar a proteção de direitos fundamentais da pessoa investigada se o desenho de processo penal aplicado no Brasil é marcadamente autoritário?

Valente assevera que “o Direito Processual Penal é por excelência o Direito dos inocentes”. E por intermediar o conflito entre interesse individual e o direito de punir estatal, “el Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado”²², no sentido exato de que esse ramo do Direito funciona como indicador do nível de respeito aos direitos fundamentais por determinada sociedade. Assim, para que esse estado de inocência seja preservado (até que sobrevenha decisão penal

¹⁷ O uso político das novas tecnologias também se mostra transfronteiriço, haja vista as discussões que pairam sobre a legitimidade das recentes eleições ao redor do mundo. Vale citar a intensa campanha virtual russa a favor da saída do Reino Unido da União Europeia - Brexit. Nos eventos de 23 de junho de 2016, “entre as contas do Twitter que postavam a respeito do Brexit, 419 estavam localizadas na Agência de Pesquisa de Internet da Rússia – posteriormente, cada uma delas, sem exceção, também postaria a favor da campanha presidencial de Donald Trump” SNYDER, Timothy. **Na contramão da liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 133/134.

¹⁸ WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. **Ci. Inf.**, Brasília: v. 29, n. 2, p. 71-77, mai/ago. 2000, p. 73.

¹⁹ LIMBERGER, Têmis. Novas tecnologias e direitos humanos: uma concepção à luz da concepção de esfera pública. In: LIMBERGER, Têmis; BUNCHAT, Maria Eugenia. **Novas tecnologias, esfera pública e minorias vulneráveis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 24.

²⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas. In: GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado (eds). **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, São Paulo: Atlas, ano I, n. 01, jan./jun. 2015.

²¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen Processo Penal Pós-Acusatório? Resignificações do Autoritarismo no Processo Penal. In: **R. Emerj**. Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378-408, jan. – fev. 2015.

²² Roxin, Claus. **Derecho procesal penal**. 1. ed. 2. reimp. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 2000, p. 10.

condenatória transitada em julgado), faz-se necessário o respeito aos direitos e garantias fundamentais, especialmente no campo da produção probatória. Aqui surge a importância do estudo da cadeia de custódia, que será abordado na sequência.

Este capítulo pretende, mediante revisão bibliográfica, abordar temas caros ao Direito Processual Penal e que estão interligados ao longo de sua própria construção histórica e política²³. Verdade (ou a sua busca), preservação da cadeia de custódia (bem como as consequências de sua violação), teoria das nulidades e sistema acusatório são temas interligados. A pesquisa se aterá ao estudo da verdade e da cadeia de custódia da prova digital.

A discussão se mostra atual e relevante, haja vista que já há decisões judiciais proferidas, a despeito da ausência de regulamentação legal, sobre as repercussões jurídicas da não preservação da cadeia de custódia, notadamente quando a fonte de prova digital é coleta fora dos autos (meios ocultos de investigação) e, como regra, de forma unilateral pelo Estado investigador.

No primeiro momento a discussão repousará sobre o problema da verdade (buscada) por esse processo penal influenciado pela sociedade da informação. Em seguida, ter-se-á uma abordagem sobre as novas tecnologias com potencial probatório, destacando-se que, só será essa prova digital admitida nos autos, em caso preservação da sua integridade, autenticidade e mesmidade²⁴. Com outros dizeres, a quebra da cadeia de custódia da prova digital²⁵ inviabilizará a admissibilidade daquela no processo.

Por fim, a pesquisa trará apontamentos sobre a criação e regulamentação normativa da cadeia de custódia, conforme recente aprovação da Lei nº 13.964/2019 que promoverá, além de outras legislações criminais, alterações consideráveis no Código de Processo Penal²⁶.

UM ANTIGO PROBLEMA: O PROCESSO PENAL SE DESTINA À BUSCA DA VERDADE?

A revolução digital ou a alegada quarta revolução industrial traz desafios aos responsáveis pelas atividades ligadas ao processo penal. Não se pode simplesmente fingir que nada aconteceu. “O tempo, a velocidade da informação, lançam novos desafios aos agentes da lei, cujo papel restou

²³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**. V. 1. Florianópolis: Empório do Direito/Tirant lo Blanch, 2018.

²⁴ 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

²⁵ Mendes classifica a prova digital como espécie do gênero prova científica (MENDES, Carlos Hélder C. Furtado. Dado informático como fonte de prova penal confiável (?): apontamentos procedimentais sobre a cadeia de custódia digital. **Revista dos Tribunais Online**, 2019, p. 3)

²⁶ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Presidência [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Último acesso em 26 dez. 2019.

alterado”²⁷. Logo, é preciso ver o novo com novos olhos e jeitos de olhar (obviamente, sem desprezar as conquistas civilizatórias históricas consagradas nos direitos fundamentais). As práticas processuais penais, portanto, estão em fase de transição.

A despeito disso, também não se pode ignorar que esse complexo de transformações incidentes sobre o Direito Processual Penal, que inclui o advento de novas tecnologias, da mudança da linguagem, da velocidade da informação, da ressignificação de condutas criminosas e do surgimento de novas técnicas ocultas de investigação (no campo informático, digital ou virtual), não é capaz de superar um antigo problema: qual o papel da verdade no processo penal?

Essa observação se faz absolutamente necessária, já que, a depender do meio de investigação adotado, verdadeiras devassas podem ser operadas na vida de pessoas processadas ou investigadas pelo Estado. Valendo, uma vez mais, aduzir que se o processo penal se dedica à busca da verdade, limites (respeito a direitos fundamentais) a essa empreitada devem ser obedecidos. Esse é o alerta feito por Ávila e Borri, pois ainda que “[...] o processo seja de fato um instrumento para o conhecimento dos fatos, nem todos os métodos e meios são válidos na busca da verdade”²⁸. A grande celeuma reside justamente nessa alegada busca da verdade. Afinal de contas, seria legítimo ao Estado valer-se de software de espionagem como meio oculto de investigação de fonte de prova (com vistas ao alcance da verdade)?²⁹

Não é obra do acaso que regimes autoritários justifiquem suas práticas estatais persecutórias violadoras de direitos e garantias fundamentais com base, justamente, no alcance da verdade máxima, da narrativa precisa e incontestável dos fatos. “[...] a verdade começou a ser estabelecida através do interrogatório, ou *inquisitivo*, e arrancada do acusado, objetificado como fonte de conhecimento”³⁰.

Veja-se o caso de eventual pedido cautelar de busca de dados informáticos constantes de conversas realizadas entre suspeitos ou entre um suspeito e terceiros. Esse meio de obtenção de prova costuma recair na forma de retenção dos dados de tráfego, objetos do interesse estatal, durante determinado período de tempo e para posterior entrega aos investigadores pelos provedores do

²⁷ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Inteligência artificial no campo do direito constitucional, 30 anos depois: desafios do processo penal em rede e estratégico. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza (Orgs.). **Crise no processo penal contemporâneo**: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p.17.

²⁸ BORRI, Luiz Antonio; ÁVILA, Gustavo Noronha de. A cadeia de custódia da prova no "projeto de lei anticrime": suas repercussões em um contexto de encarceramento em massa. **RDU**: Porto Alegre, v. 16, n. 89, set.-out. 2019, 114-132, p. 116.

²⁹ RIBOLI, Eduardo Bolsoni. “Eu sei o que vocês fizeram no verão passado”: o uso do software de espionagem como meio de obtenção de prova penal. **RBCRIM**, São Paulo: ano 27, n. 156, jun./2019, p. 91-138.

³⁰ KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. Belo Horizonte: Letramento, 2016, p. 58.

serviço de internet, o que, indubitavelmente, configura medida consideravelmente invasiva à privacidade e à intimidade das pessoas.

Situações dessa envergadura se mostram, não raro, ainda mais complicadas. Veja-se o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça³¹ no caso envolvendo o descarte de e-mails não utilizados, porém conhecidos, pela autoridade policial, sem que à defesa se tenha dado o prévio conhecimento. Em outras palavras, uma prova digital foi apreendida e descartada pelas autoridades encarregadas pela investigação de forma unilateral, em inequívoca violação da cadeia de custódia (adiante explicada): ante ao vilipêndio do contraditório e da ampla defesa³².

Acertada a sentença de Wedy, portanto, no sentido de que um processo penal eficiente é aquele que, do início ao fim, atentou para as garantias e para o atingimento da justiça, repelindo a coleta invasiva de provas³³.

Quando se fala em verdade, pode-se chegar a vários entendimentos ou sentidos do termo, que partem da concepção Aristotélica (segundo a qual verdade é o equivalente entre o que é e o que não é falado) e chegam à concepção pragmática de verdade (para a qual, a verdade jamais deixará de ser verdade de fato, devendo ser alcançada por indução ou experimentação, utilizando-se o critério da utilidade ou da eficácia).

Ademais, não se pode negar que a Psicanálise também se preocupa com o fenômeno da verdade, como sendo ela percebida nos lapsos, nas contradições, nas falhas que se apresentam por meio das palavras³⁴. É nesse caminho que segue o estudo desenvolvido por Ávila, Gauland e Pires Filho, pois, ao analisar o processo de reconstrução dos fatos feitos no processo penal, que se dá, notoriamente, por fontes de prova que se utilizam da memória, os autores resgatam o conceito de “perlaboração” desenvolvido por Freud³⁵.

³¹ STJ. HABEAS CORPUS: HC 160662 RJ 2010/0015360-8. Relator: Ministra Assusete Magalhães. DJ: 18/02/2014. **Revista eletrônica da jurisprudência.** Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 26 dez. 2019.

³² Por ocasião do julgamento desse caso, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela anulação das provas obtidas através de interceptações de natureza telemática e telefônica. Para maiores informações sobre o caso, vale conferir ABISSAMRA FILHO, José Carlos. Por que falar sobre cadeia de custódia da prova?. **Revista brasileira da advocacia - RBA**, São Paulo, v. 3, n. 8, p. 135-152., jan./mar. 2018.

³³ WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no Direito Penal e no Processo Penal.** Porto Alegre: Elegância Juris, 2016, p. 347.

³⁴ CASARA, Rubens R. R.. **Mitologia Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 2015, p. 175.

³⁵ ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAULAND, Dieter Mayrhofer; PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões. A obsessão pela “verdade” e algumas de suas consequências para o processo penal. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo de. (orgs.) **A crise do processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal.** 1. ed. Porto Alegre: Nota dez, 2006, p. 42-44.

Marques Neto, ao tratar o Direito como ciência interdisciplinar, reforça que à medida que se tem mais concepções distintas de Direito, da mesma forma, ter-se-á aceções diferentes de verdade e por tabela, uma produção de critérios de verdade igualmente diferenciados³⁶.

Criticando a desconstrução do conceito de verdade (tido como superado e não confiável, a exemplo dos conceitos de razão, história e conhecimento) operado pelos pós-modernistas (para os quais, a verdade deveria ser banida do discurso filosófico), Michelle Taruffo propõe um retorno da verdade, abordando desde a epistemologia ao realismo crítico, além do relativismo³⁷.

Paulo Rangel considera que a verdade processual alcançada no processo, civil ou penal, é fruto do consenso em face das provas carregadas aos autos. O autor, então, pugna pelo afastamento do conceito de verdade pregado por Jürgen Habermas, pois este entende que o consenso só obtido por meio da prevalência do melhor argumento. Em se tratando de processo judicial, em que há direitos sobre os quais não se transige (liberdade, saúde, vida, etc.), não se pode conceber o consenso a partir da preponderância do argumento intelectualmente superior³⁸.

Gomes Filho reconhece que já houve período histórico em que a busca da verdade se dava de forma unilateral, sendo manifestamente inquisitória essa atividade. Entretanto, o autor ressalta que à luz do ordenamento constitucional brasileiro não se pode fazer esse tipo de ilação, haja vista a expressa determinação no sentido de que a prova valorada no processo seja submetida ao contraditório. Assim, segundo Gomes Filho, não há falar em unilateralidade na busca da verdade. Logo, nesse contexto constitucional, a verdade processual obtida jamais será aquela vinculada aos regimes totalitários e/ou autoritários, mas sim aquela alcançada por meio de provas e contraprovas (considerando-se que a defesa possui prerrogativas probatórias, a exemplo da capacidade de negar a prova formulada pela acusação)³⁹.

Luigi Ferrajoli defende que a atividade do juiz penal é um misto entre saber e poder, uma conjugação entre cognição (*veritas*) e decisão (*auctoritas*). Dessa forma, segundo Ferrajoli, quanto mais se tem poder, menos se observa o saber. A justiça penal se torna utópica quando esteada apenas na “verdade”, da feita que se torna arbitrária, quando desprovida justamente de “verdade”. Deve-se, portanto, buscar um equilíbrio entre conhecimento e poder⁴⁰.

³⁶ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Subsídios para pensar a possibilidade de articular Direito e Psicanálise**. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/subsidios-para-pensar-a-possibilidade-de-articular-direito-e-psicanalise-por-agostinho-ramalho-marques-neto>>. Acesso em: 28 jul. 2016, grifo do autor.

³⁷ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade** – O juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 104.

³⁸ RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

³⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 55.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

O magistério de Ferrajoli reforça o papel das garantias processuais e legais, enquanto limites a serem observados pelo julgador para a consecução da verdade processual. Com tais parâmetros respeitados, evita-se que o juiz se torne um déspota e que essa verdade seja obtida a qualquer custo ou com base na, por vezes autoritária, subjetividade do julgador⁴¹.

Assim, e nos termos dessa linha de pensamento, o conceito de verdade possui vital relevância para a edificação de uma teoria do processo, como também, para a sua efetiva utilização na atividade forense.

Segundo Ferrajoli, a noção de verdade processual pode ser decomposta em dois juízos, sendo um de ordem fática ou de fato e o outro de natureza jurídica ou de direito. A verdade fática se demonstra pela prova do fato e de sua atribuição ao acusado, enquanto que a verdade jurídica se comprova por força da interpretação do sentido dos enunciados normativos que tipificam o fato como infração penal. Dessa forma, para Ferrajoli, um provimento jurisdicional será verdadeiro apenas se comprovado fática e juridicamente⁴².

Entretanto, ao elaborar o conceito de verdade processual como verdade por aproximação, Ferrajoli reconhece que falar em verdade “certa”, “inequívoca”, “objetiva” não passa de uma pretensão inalcançável. O autor considera ainda que a verdade emanada das teses judiciais não se difere, num primeiro momento, da verdade das teorias científicas⁴³.

Para Ferrajoli, a verdade processual, que não tem a pretensão de se tornar “A verdade”, posto que aproximada, deve observar os seguintes limites ou controles que se aplicam tanto à verdade jurídica, quanto à fática, dos provimentos jurisdicionais: i) a conformidade da tese acusatória com ordenamento jurídico; ii) a confirmação da acusação pela prova coletada legalmente; iii) a sujeição da verdade a prova e contraprova; iv) a prevalência da presunção de inocência no caso de dúvida, ausência de acusação ou de provas confirmatórias da tese acusadora⁴⁴.

Com esse raciocínio, Ferrajoli aproxima o trabalho do juiz daquele realizado pelo historiador, afinal, ambos não possuem contato direto com o fato passado. No que tange ao juiz, segundo leciona Ferrajoli, o julgador não vivencia os fatos ilícitos objetos do julgamento, mas sim, as provas que apontam a (in)ocorrência desses fatos⁴⁵. Em sentido semelhante é o posicionamento de Lopes Junior, para quem ao juiz também é permitido refutar determinados dados de sua reconstrução histórica⁴⁶.

⁴¹ Ibid., p. 49.

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid., p. 53).

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid., p. 55.

⁴⁶ LOPES JUNIOR, Aury. O problema da verdade no processo penal. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (org.). **Verdade e prova no processo penal**: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p.76.

Essa analogia entre as funções desempenhadas pelo historiador e pelo juiz é rechaçada por Gomes Filho, para quem o juiz, ao contrário do historiador, não é plenamente livre para a escolha do fragmento da realidade que se buscará reconstruir. O juiz está adstrito àquilo que lhe foi postulado pelas partes. Ademais, o juiz é obrigado a chegar a uma decisão conclusiva, independentemente do conjunto probatório coletado⁴⁷. Lembra-se que no processo penal democrático, as decisões absolutórias e condenatórias possuem o mesmo valor.

Para Taruffo, as funções do juiz e do historiador não se confundem, justamente, em razão de tais profissionais se preocuparem com a reconstrução de fatos diferentes, malgrado reconheça que o conhecimento dos fatos por esses personagens ocorre de maneira indireta, porém, as metodologias empregadas por ambos são díspares⁴⁸.

No âmbito do Direito Processual Civil, Taruffo desenvolve o estudo de duas teorias da verdade: a da coerência e a da correspondência. Essa distinção é de fundamental importância no campo da epistemologia geral, segundo o autor.

Nos termos da teoria da coerência, a verdade de um enunciado de determinado fato é apenas a função da coerência de um enunciado em especial num contexto de outros enunciados. A verdade ou a falsidade de um fato só pode ser apreendida através dos enunciados, isto é, no campo da linguagem.

A verdade por correspondência, porém, é aquela em que não basta a coerência com os enunciados obtidos por meios dos relatos prestados ou da linguagem, exige-se uma efetiva equivalência aos fatos ocorridos e que são objetos da discussão judicial. A principal função da prova, nessa concepção de verdade, é a de fornecer ao juiz a cognição embasada prática e racionalmente sobre os fatos que dão origem à causa discutida em juízo⁴⁹.

Khaled Jr refuta esse posicionamento ao pugnar que os rastros (os sinais deixados pelo fato ocorrido) não se confundem com o passado, pois a verdade por correspondência configura uma violência, diante da possibilidade de abolir o vazio do passado, como também o próprio vazio do consciente. Nesse raciocínio, não se pode presentificar o passado, já que sua característica fundamental é a da passividade⁵⁰.

⁴⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 45.

⁴⁸ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 341.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 28.

⁵⁰ KHALED JUNIOR, Salah H. A produção analógica da verdade no processo penal: desvelando a reconstrução narrativa dos rastros do passado. In: GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado (eds). **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, São Paulo: Atlas, VitalSource Bookshelf Online, ano I, n. 01, jan./jun. 2015, p. 180.

Taruffo defende, entretanto, que a discussão sobre a problemática da (in)existência do valor da verdade deva situar-se no campo da administração da justiça. Conforme a construção teórica do autor, a administração da justiça constitui departamento de vital importância para a vida coletiva e para o desempenho de funções pelo Estado. Logo, a administração da justiça deveria se ocupar dos valores de verdade, na medida em que integram os critérios constitutivos do adequado funcionamento do sistema sócio-político⁵¹.

Aderindo à teoria da correspondência, Badaró assenta que as teorias céticas, isto é, aquelas que negam a chance de conhecimento da verdade fazem com que o juiz se converta em um não-juiz. “É possível admitir o conhecimento da verdade, mas realizando um exame crítico das bases do conhecimento humano, de seus pressupostos e condições gerais”⁵².

Alinha-se aqui ao posicionamento de Lopes Jr, Khaled Jr, Francisco Baptista, Jacinto Coutinho, dentre outros, na senda de que falar em “verdade” significa atribuir ao processo penal a perseguição de algo inalcançável, excessivo e inadequado ao seu inequívoco fim: o acerto do caso penal de forma democrática, constitucional e convencional.

Segundo Lopes Jr, o problema não é apenas a discussão sobre a verdade material, mas a verdade em si, afinal o processo serve, via reconstrução dos fatos, à busca do convencimento do juiz, o qual não conhece a tudo, mesmo porque, nem todos os elementos fáticos são carregados aos autos processuais. Lopes Junior não prega a abominação da verdade no processo penal, apenas defende que ela seja contingencial. A verdade não funda o processo penal, também não serve para legitimá-lo ou justificá-lo⁵³.

São raros os ângulos do fato delituoso que podem ser considerados como probatoriamente demonstráveis, pois o mundo das provas é o das presunções e das edificações ideais, sendo, assim, alheio ao que se costuma chamar de realidade⁵⁴. O posicionamento de Baptista é interessante ainda, diante do distanciamento feito entre decisão verdadeira e decisão justa. Verdade e justiça nem sempre andam juntas, haja vista que o Sistema Acusatório impõe limites éticos ao atuar do Estado. Assim, a verdade não é o fim máximo do processo penal.

Khaled Jr reforça que se faz da busca da verdade (processual ou material) um mito por meio do qual se perpetua o autoritarismo alimentador do punitivismo e da degeneração do sistema acusatório, haja vista que referida crença encontra raízes inexoráveis no sistema inquisitório. A conservação do mito que persegue a verdade no processo penal é a continuação do utilitarismo, tão

⁵¹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade** – O juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p.121.

⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 386.

⁵³ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 590.

⁵⁴ BAPTISTA, Francisco das Neves. **O mito da verdade na dogmática do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 210-211.

prejudicial ao regime democrático⁵⁵. Esse também é o posicionamento de Ricardo Gloeckner e Lopes Jr⁵⁶.

Dito isso, deve-se reforçar que o princípio acusatório serve justamente para impor limites ao exercício desnecessário, abusivo e discricionário do poder de punir pelo Estado. Logo, diante de sua incerteza, a verdade não pode funcionar como mote do processo penal, sob pena de restaurar/legitimar a prática de condutas incompatíveis com o determinado pelo texto constitucional⁵⁷.

NOVAS TECNOLOGIAS E A IMPRESCINDÍVEL PRESERVAÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL

As provas são o meio pelo qual se poderá alcançar a finalidade de se reconstruir um determinado fato delitivo. Para Lopes Jr. e Morais da Rosa, trata-se do eixo central do Processo Penal, uma vez que tudo gira em torno delas como meio cognitivo e persuasivo. “Servindo, a um só tempo, para buscar a reconstituição (aproximativa e parcial) de um fato passado, histórico, para um juiz ‘ignorante’ (pois ignora os fatos)”⁵⁸.

A prova irá exercer um papel fundamental dentro do processo, pois é através dela que será possível a reconstrução dos fatos para que o julgador forme sua convicção. Porém, não há como o juiz pautar seu convencimento em uma prova que não se conhece as fontes. Uma vez que apenas conhecer a fonte inicial da prova não é suficiente, é necessário que se conheça a integralidade da cadeia de custódia.

De tal importância, é essencial que sejam preservadas as fontes de provas colhidas durante a investigação criminal, devendo todo o procedimento ser usado para conservar e documentar a narrativa cronológica das provas e dos elementos informativos. Principalmente no contexto dessa sociedade da informação que vem se falando durante esta investigação, à medida que com o avançar dos recursos tecnológicos, menos se observa a existência de provas físicas.

“Em um mundo dia a dia mais virtual, as facilidades de comunicação proporcionadas pela disseminação da internet e dos celulares conhecidos como *smartphones* criam a necessidade de

⁵⁵ KHALED JUNIOR, Salah. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, VitalSource Bookshelf Online, 2013, p. 484-485.

⁵⁶ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, VitalSource Bookshelf Online, 2014, p. 312.

⁵⁷ LORA, Denise Helena. A verdade como “revelação” no processo penal. In: Sistema Penal & Violência. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito*, Porto Alegre, v. 7, n. 2, 2015, p. 247.

⁵⁸ LOPES, JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **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 dez. 2019.

adaptação dos paradigmas investigativos”⁵⁹. O estudo da cadeia de custódia dessa prova científica é imprescindível.

Nas palavras de Espindula, a cadeia de custódia nada mais é do que a “garantia de total proteção aos elementos encontrados e que terão um caminho a percorrer, passando por manuseio de pessoas, análises, estudos, experimentações e demonstração – apresentação, até o ato final do processo criminal”⁶⁰.

Segundo Marinho, o Estado não deve apenas preservar a idoneidade e integridade da prova penal, mas também, tem o dever de mostrar a história da prova, a sua natureza, origem, e etc. E só assim, poderá se dizer que a prova foi produzida de maneira cristalina, já que foi possível manter a memória da prova em todas as fases⁶¹.

De tal sorte, pode-se afirmar que a cadeia de custódia é formada por uma série de procedimentos técnicos e científicos que irão prover a informação necessária para demonstrar que a prova foi mantida íntegra desde a sua origem⁶².

“A cadeia de custódia abarca todo o caminho que deve ser percorrido pela prova até sua exata análise e esmerada inserção no processo, sendo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade”⁶³.

Prado acredita ser a cadeia de custódia um dispositivo que visa assegurar a integridade dos elementos de prova, já que o conhecimento das fontes de prova pela defesa é mais do que fundamental.⁶⁴ A cadeia de custódia funciona como “um dispositivo dirigido a assegurar a fiabilidade do elemento probatório, ao colocá-lo sob proteção de inferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória”⁶⁵.

A cadeia de custódia é o principal meio para que uma prova se mantenha lícita e íntegra⁶⁶. A responsabilidade de conservação da idoneidade processual da prova e das fontes de prova são

⁵⁹ VEDOVATO, Luís Renato; ZEDES, Lenadro. O celular de um homem e o seu castelo: privacidade e smartphones na investigação criminal. **R. Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 20, n. 2, p. 65-92, maio/agosto, 2019, p. 66.

⁶⁰ ESPÍNDULA, Alberi. **Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia**. 3ª ed. Campinas, São Paulo: Millennium Editora, 2009, p. 163.

⁶¹ MARINHO, Girlei Marinho. **Cadeia de custódia da prova pericial**. Dissertação (mestrado) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa. <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9024/RELAT%C3%93RIO%20COMPLETO%20DEFESA.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 18 dez. 2010, p. 12

⁶² MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais**. – 2ª ed. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 88.

⁶³ MENEZES, Isabela A.; BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 277-300, jan./abr. 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.12>>. Último acesso em 25 dez. 2019.

⁶⁴ 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. 79.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 86.

⁶⁶ ESPÍNDULA, Alberi. **Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia**. 3.ed. Campinas: Millennium, 2009, p.165.

partilhadas a todos os agentes do Estado. A obrigação de atos uniformizados é de suma importância, para que diante dos questionamentos da defesa do acusado, as provas permaneçam fortes e confiáveis, servindo de elemento ímpar para convicção do magistrado⁶⁷.

Trata-se de assegurar ao acusado que o Estado desempenhará sua obrigação de preservar a prova, garantindo sua integridade e confiabilidade, conceituado por alguns doutrinadores⁶⁸ como a “mesmidade”, quer dizer, a segurança de que a prova colhida é a mesma que a apresentada em juízo.

Lopes Jr. e Moraes da Rosa exemplificam a violação da “mesmidade” nas interceptações telefônicas, uma vez que “a prova é filtrada pela autoridade policial ou órgão acusador, que traz para o processo (e submete ao contraditório diferido) apenas o que lhe interessa”. Não sendo “a mesma prova colhida, mas apenas aquela que interessa ao acusador, subtraindo o acesso da defesa”⁶⁹

Uma das feições mais difíceis na obtenção das fontes de prova versa em preservar a integridade de todo um processo que foi realizado minuciosa e sigilosamente, e que se não for preservado irá comprometer todo o conjunto de elementos que foram colhidos. É justamente, a quebra da cadeia de custódia que se tenta evitar a tudo custo⁷⁰.

Trazendo para o campo digital, tais provas merecem uma atenção redobrada, uma vez que “enquanto as provas ditas materiais (armas, documentos, drogas, etc.) devem ser mantidas intocadas para que as partes possam, sob o crivo do contraditório judicial verificar sua autenticidade, submetendo-as, portanto, à contraprova”, aquelas estariam a salvo desta confrontação⁷¹. Trazendo como consequência direta “transformar o processo penal em mera formalidade, incapacitado de refutar a verdade evidenciada pelos citados métodos ocultos de investigação”⁷².

Para Mendes, a verdade levantada pelo sistema informático, “bem como da fonte da verdade digital retira equivocadamente o fato humano (proposital ou acidental) da possível

⁶⁷ MARINHO, Girlei Marinho. **Cadeia de custódia da prova pericial**, Dissertação (mestrado) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa. <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9024/RELAT%C3%93RIO%20COMPLETO%20DEFESA.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 18 dez. 2019, p. 42.

⁶⁸ PRADO, Geraldo. **Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 22, n° 262, p. 16-17, set./2014.

⁶⁹ LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **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 dez. 2019.

⁷⁰ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. – 1º ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.81)

⁷¹ Sem contar que a imaterialidade, característica da fonte de prova digital, “faz com que aumentem as dificuldades dos registros e documentações cronológicas necessárias para averiguar o não contágio no material probatório” (MENDES, Carlos Hélder C. Furtado. Dado informático como fonte de prova penal confiável (?): apontamentos procedimentais sobre a cadeia de custódia digital. **Revista dos Tribunais Online**, 2019, p. 11)

⁷² PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. – 1º ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014, p 73, 74).

contaminação da prova”, podendo prejudicar a “questionabilidade caracterizada pelo aspecto da possibilidade de reação presente no direito ao contraditório”⁷³.

Prado complementa essa observação ao afirmar que as inovações tecnológicas que conferem suporte a métodos ocultos de investigação também devem ser objetos de questionamentos pelas partes. Uma vez que “as técnicas de captação de som, imagem e até de captura de outros elementos produzidos em meio digital não estão imunes à corrupção em termos metodológicos”⁷⁴. Assim, deve-se preservar não apenas a mídia na qual estejam os dados gravados, mas o sistema de TI e ainda todo o histórico de atividades exercidas pelos agentes responsáveis pela investigação, além dos funcionários das concessionárias de telecomunicação e telefonia⁷⁵. Sem esse rigor, não há falar em preservação da cadeia de custódia⁷⁶.

Numa primeira vista, pode-se citar duas maneiras distintas em que pode haver contaminação da fonte probatória digital. A primeira, “mediante um contato físico inapropriado ao suporte ou dispositivo informático”, onde os “cuidados referentes à coleta de provas físicas podem beneficiar a investigação digital de modo a ser possível identificar a partir das impressões digitais de usuários, marcas de ferramentas em um disco rígido”, ou até mesmo “a identificação do(s) último(s) usuário(s) daquele dispositivo informático”. A segunda, é decorrente do contágio digital. Para Mendes essa forma de contaminação merece um pouco mais de atenção, pois basta que haja um “mínimo de dúvida acerca da integridade da fonte probatória, ou seja, o levantamento da hipótese de adulteração do material para transformá-la em fonte inconfiável”. E por isso “a preservação da cadeia de custódia consiste em neutralizar a possível suspeita da alteração do dado, quer dizer, reduzir o risco de perda da originalidade do dado e com isso garantir confiabilidade e integridade”⁷⁷.

Mendes destaca que existem quatro princípios que servem para a orientação acerca do manuseio e processamento das provas digitais. O primeiro que “nenhuma ação tomada pelas agências policiais ou seus agentes deve alterar os dados mantidos em um computador ou mídia de armazenamento que possam ser subsequentemente invocados no Tribunal”⁷⁸. O segundo declara

⁷³ MENDES, Carlos Hélder C. Furtado. Dado informático como fonte de prova penal confiável (?): apontamentos procedimentais sobre a cadeia de custódia digital. **Revista dos Tribunais Online**, 2019, p. 9.

⁷⁴ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. – 1º ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.74

⁷⁵ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias; GOMES, Jefferson de Carvalho. O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, maio-ago. 2017, p. 620.

⁷⁶ MENDES, Carlos Hélder C. Furtado. Dado informático como fonte de prova penal confiável (?): apontamentos procedimentais sobre a cadeia de custódia digital. **Revista dos Tribunais Online**, 2019, p. 9.

⁷⁷ MENDES, Carlos Hélder C. Furtado. Dado informático como fonte de prova penal confiável (?): apontamentos procedimentais sobre a cadeia de custódia digital. **Revista dos Tribunais Online**, 2019, p. 9.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 9.

que “nas circunstâncias em que uma pessoa acredita que seja necessário acessar os dados armazenados em um computador ou em mídia de armazenamento”, esta “deve ser competente para tanto e ser capaz de fornecer provas explicando a relevância e as implicações de suas ações”⁷⁹.

Já no terceiro princípio reside a possibilidade de “através do registro de todos os procedimentos referentes ao computador ou a recolha da fonte da prova digital”⁸⁰ um terceiro possa obter o igual resultado após análise. E por último, o quarto princípio dispõe sobre a “responsabilidade da pessoa competente para a investigação de garantir que a lei e estes princípios anteriores sejam cumpridos”⁸¹.

Assim, para se falar em cadeia de custódia da prova digital, é necessário que esta seja derivada dos “requisitos indispensáveis à atividade probatória, como a identidade, a integralidade e a autenticidade”. Quer dizer, deve-se garantir a manutenção integral ou a imodificabilidade do material probatório, como dito anteriormente, a sua mesmidade. Trata-se de “uma garantia de que não será valorada uma prova distinta daquela coletada, ou seja, uma garantia capaz de evitar uma contaminação, possíveis alterações, manipulações, substituições, destruições, ou trocas entre fontes probatórias”⁸².

Para Mendes, um modelo de procedimento satisfatório deve conter as seguintes etapas: recolha, autenticação, exame, análise e relatório. A primeira etapa é a recolha, que diz respeito a identificação e a coleta da prova, onde os investigadores devem buscar fontes de prova pertinentes. Trata-se de uma fase que é assinalada pelo elevado risco de repercussão na cadeia de custódia da prova digital, “sendo dessa forma que se reafirma a necessária capacitação daqueles sujeitos (investigadores especialistas, peritos ou policiais) que terão o primeiro contato com o dispositivo informático ou dado propriamente dito”⁸³.

Uma vez recolhido o material probatório, e nele compreendidas as possíveis fontes de prova digital, dá-se início à fase seguinte: a referente ao exame. Nesta etapa, serão identificadas e separadas as fontes de maior relevância para o processo.

Na sequência, tem-se a preservação ou o armazenamento, como terceira fase também é necessária para concretizar o rastreamento das fontes de prova. Assim, “ao mesmo tempo que possibilita o conhecimento acerca das circunstâncias da recolha da prova, permite ao processo sua qualidade de entidade epistêmica”⁸⁴. Pois o “armazenamento como etapa procedimental, bem como o

⁷⁹ Ibid., p. 10.

⁸⁰ Ibid., p. 10.

⁸¹ Ibid., p. 10.

⁸² Ibid., p. 10.

⁸³ MENDES, Carlos Hélder C. Furtado. Dado informático como fonte de prova penal confiável (?): apontamentos procedimentais sobre a cadeia de custódia digital. **Revista dos Tribunais Online**, 2019, p. 11.

⁸⁴ Ibid., p. 11.

transporte das fontes de provas, deve corresponder à manutenção da cadeia de custódia da prova digital e o registro cronologicamente orientado de todas as análises deve ser observado”⁸⁵.

Fechando o ciclo da cadeia de custódia, tem-se a fase do relatório ou da publicação, porém, não quer dizer que se trata de uma etapa final. “O relatório da análise probatória deve servir como documento idôneo capaz de sustentar as hipóteses defensivas ou acusatórias no processo judicial”⁸⁶. Sendo a linguagem técnico-informática referente aos procedimentos adotada como uma forma específica de linguagem inteligível aos demais sujeitos processuais. Já a descrição dos procedimentos não deverá ser tratada de forma resumida, “mas minuciosamente elaborada para que cumpra sua função de reforçar as garantias de controle do sujeito investigado”⁸⁷. De tal forma que a real etapa final seja assinalada pelo arquivamento do material probatório⁸⁸.

NOTAS PRELIMINARES SOBRE A REGULAMENTAÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA FEITA PELA LEI Nº 13.964/2019

Conforme se destacou acima, antes mesmo da sua regulamentação legal, a cadeia de custódia já era objeto de discussões doutrinárias e jurisprudenciais no Brasil. Veja-se o caso do Habeas Corpus nº 160.662, procedente do Rio de Janeiro, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2014, quando se reconheceu a falta de fiabilidade das provas produzidas mediante interceptações telemáticas e telefônicas, por conta do descarte, unilateral e sem ciência da defesa, de e-mails apreendidos durante a atividade oculta de investigação⁸⁹.

Noutro caso apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, entendeu-se pela ausência de quebra da cadeia de custódia, mesmo diante da falta de lacre do material (computadores, HD’s, documentos, etc.) apreendido mediante busca e apreensão, cumprida por agentes da Polícia Federal e da Receita Federal, no âmbito da operação Simulacro. O voto vencedor amparou-se na ausência de demonstração de prejuízo por parte da defesa, como também na suposta presunção de boa fé dos agentes públicos⁹⁰.

⁸⁵ Ibid., p. 11.

⁸⁶ Ibid., p. 12.

⁸⁷ Ibid., p. 12.

⁸⁸ Ibid., p. 12/13.

⁸⁹ Foi inclusive por ocasião desse julgamento que Prado apresentou um parecer sobre a inadmissibilidade de prova, em face da quebra da cadeia de custódia. Parecer este, no futuro, publicado na forma do seguinte livro: PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. – 1º ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014.

⁹⁰ STJ. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS: RHC 59414 SP 2015/0100647-4. Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. DJe: 03/08/2017. **Revista Eletrônica da Jurisprudência**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501006474&dt_publicacao=03/08/2017. Acesso em: 26 dez. 2019.

Os julgados referidos ao norte explicitam como o tema da cadeia de custódia requer maior disciplinamento. Veja-se que o entendimento esposado no RHC nº 59.414/SP é absolutamente incompatível com o afirmado no capítulo 2 desta pesquisa.

Diante desse cenário, protocolou-se na Câmara dos Deputados, em fevereiro de 2019, um projeto de lei, autointitulado como anticrime, o qual se voltava à uma série de reformas legislativas no campo do Direito, do Processo e da Execução Penal. Em geral, referido projeto de lei, cuja falta de apuro técnico é marcante, propunha o recrudescimento do tratamento penal (que já é expansivo), mediante, basicamente, a restrição a direitos fundamentais e o aumento de penas⁹¹.

Nesse projeto anticrime, depois convertido no PL 882/2019, propôs-se a criação da cadeia de custódia, através de alteração das leis nº 12.850/2013 e 9.296/1996. Em relação à lei das organizações criminosas, o PL nº 882/2019 propunha a criação do dispositivo §2º, art. 3º-A que, em síntese, entendia como preservada a cadeia de custódia da prova, ainda que dispensadas a formalização ou a autenticação de provas compartilhadas entre operações ou equipes de investigação. Com outros dizeres, a despeito de valer-se da terminologia cadeia de custódia, a redação empregada pela proposta de alteração legislativa negava a essência e a razão de ser do instrumento (cadeia de custódia)⁹².

Já no que concernia à alteração da Lei das interceptações telefônicas, o PL nº 882/2019, determinava a criação do art. 9º-A, que estabeleceria a possibilidade de realização, por qualquer via tecnológica conhecida, das interceptações de dados informáticos e telemáticos, desde que garantida a plenitude da diligência, inclusive através de apreensão do teor de mensagens e arquivos digitais já salvos em caixas postais eletrônicas. Porém, a referida proposta de alteração legislativa não dispendeu qualquer orientação sobre os requisitos para o que seria uma diligência íntegra. Trata-se, a exemplo do dito acima, de um dispositivo sem conteúdo, em face da ausência de regulamentação séria, técnica e preocupada com o respeito a direitos fundamentais⁹³.

⁹¹ Para maiores detalhes sobre o infausto projeto anticrime: LEONEL, Ana Leticia Anarelli Rosati Leonel; LEONEL; Juliano de Oliveira; DIAS, Paulo Thiago Fernandes; ZAGHLOUT, Sara Alacoque Guerra. “Pacote anticrime” e a distopia de Orwell: nada de novo na Oceânia chamada Brasil. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo: ano 27, nº 317, p. 23-24, abr./2019.

⁹² “O § 2º merece especial atenção em razão do uso do conceito de ‘cadeia de custódia’, que se refere ao encadeamento consistente, lógico e causal dos elementos probatórios, de forma a preservar a sua fiabilidade. O conceito é estudado por Geraldo Prado em livro clássico. Certamente os propósitos do autor do anteprojeto se desviam por completo dos objetivos garantidores e democráticos alinhados por aquele jurista. Deveras, o enunciado indica manipulação discursiva, mediante a proclamação tão-somente retórica, na sua parte final: ‘sendo exigida apenas a demonstração da cadeia de custódia’” TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Comentários ao anteprojeto de lei anticrime**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 105/106.

⁹³ BORRI, Luiz Antonio; ÁVILA, Gustavo Noronha de. A cadeia de custódia da prova no “projeto de lei anticrime”: suas repercussões em um contexto de encarceramento em massa. **RDU**: Porto Alegre, v. 16, n. 89, set.-out. 2019, 114-132, p. 121.

Felizmente, o projeto anticrime passou por modificações importantes no campo referente à cadeia de custódia, a despeito da conservação de boa parte das alterações punitivistas e retrógradas em seu texto (aumento do tempo máximo de cumprimento de pena, criação de tipos penais, esvaziamento da decisão de pronúncia, dentre outras). Assim, sancionou-se a Lei nº 13.964/2019, que entrará em vigor no final de janeiro de 2020.

Segundo a nova redação atribuída ao artigo 158 do Código de Processo Penal, o *caput* ganhou a companhia dos artigos 158-A, 158-B, 158-C, 158-D, 158-E e 158-F, além de parágrafos e incisos, dando nova configuração ao Capítulo II (futuramente intitulado como “Do exame de corpo de delito, da cadeia de custódia e das perícias em geral”) do Título VII do Livro I⁹⁴.

Num rápido panorama sobre referidos dispositivos, pode-se afirmar que: i) o art. 158-A define o conceito e a finalidade da cadeia de custódia, precisando seu início e termo, bem como a definição de vestígio; ii) o art. 158-B contempla e discorre sobre as etapas da cadeia de custódia (reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte); iii) o art. 158-C trata do respeito à regra da oficialidade, isto é, em regra somente peritos oficiais realizarão a coleta e o encaminhamento para a central de custódia dos vestígios extraídos; iv) o art. 158-D se cuida da regulamentação do recipiente no qual os vestígios coletados serão armazenados; v) o art. 158-E determina que todos os centros de criminalísticas devem criar uma central de custódia encarregada da guarda e do controle dos vestígios, com total identificação dos agentes que, em algum momento, tiveram acesso às fontes de prova custodiadas; vi) o art. 158-F impõe a devolução da fonte de prova à central de custódia, tão logo tenha sido finalizada a perícia científica⁹⁵.

Diante dessa apertada síntese, não se nega que a matéria passou por considerável regulamentação, já que nada existia, em termos legais, sobre a cadeia de custódia da prova penal no Brasil. Entretanto, perdeu-se, pelo menos no até aqui observado, a oportunidade para avançar no tema atinente à custódia da prova digital.

As terminologias utilizadas pela Lei nº 13.964/2019 levam à crença de que a cadeia de custódia foi criada e regulamentada para as hipóteses clássicas de crimes não transeuntes, quais sejam, os que produzem vestígios materiais (homicídio, lesão corporal, furto, dano ao patrimônio, etc.). No que diz respeito à prova digital, porém, não está claro como se dará o procedimento para a sua extração, armazenamento, consulta, descarte, etc.

⁹⁴ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Presidência [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Último acesso em 26 dez. 2019.

⁹⁵ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Presidência [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Último acesso em 26 dez. 2019.

Essa preocupação é deveras pertinente, pois, conforme balizada doutrina, a prova digital⁹⁶, especialmente no contexto do processo eletrônico, não se confunde com a prova material. São absolutamente incompatíveis. E se assim o são, essas provas, ontologicamente díspares, requerem procedimentos de preservação da cadeia de custódia rigorosamente específicos.

A título de esclarecimento sobre a complexidade da matéria, vale conferir o teor do Acórdão de julgamento da Reclamação nº 32.722, procedente do Mato Grosso, pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. O caso versa sobre a possível quebra da cadeia de custódia de prova digital, consistente em interceptação de dados informáticos, via mensagens trocadas através de aparelhos da tecnologia e da empresa *Blackberry*. Neste caso, as autoridades policiais, desconsiderando as normas legais referentes à cooperação jurídica internacional entre Canadá e Brasil, dirigiram-se diretamente à empresa, por meio de correspondência eletrônica.

Entretanto, destaca-se que a empresa canadense *Blackberry* promete o fornecimento de criptografia de ponta a ponta das mensagens que são trocadas via seus aparelhos, significando dizer: não há arquivamento do conteúdo de tais mensagens. Ocorre que “[...] sem a utilização do auxílio direto, e com a simples comunicação entre a polícia e a *RiM*, fica impossível saber se aquilo que é apresentado no Brasil, como sendo o conjunto das comunicações telepáticas via *BBM*, num determinado período, corresponde à totalidade das mensagens transmitidas”⁹⁷.

A Reclamação nº 32.722 foi julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal, com base na ofensa à Súmula vinculante nº 14, ocasião em que se conferiu à defesa a “[...] acesso aos arquivos originais das interceptações telemáticas, consoante fornecido pela operadora BlackBerry”, sem o reconhecimento da nulidade da sentença proferida no caso, posto que se encontra(va) pendente o julgamento de recurso de apelação pelo Tribunal de origem. Novamente, a alegada ausência de prejuízo foi empregada para afastar as reais consequências da quebra da cadeia de custódia da prova, *in casu*, digital⁹⁸.

É evidente que o mundo e as relações sociais estão em constante transformação. Com o aumento do acesso aos recursos tecnológicos, as ações humanas, inclusive aquelas consideradas

⁹⁶ “[...] a prova digital, mormente no processo eletrônico, é dotada de efemeridade, precariedade, não durabilidade, volatilidade, instabilidade, imaterialidade, complexidade e pulverização, o que torna, pela extraordinária dificuldade intrínseca à espécie, inviável determinar, com rigor, que dados foram acrescentados, modificados ou suprimidos, não sendo possível (e, portanto, utilizável) demonstrar ‘prejuízo’, confrontando eventual ‘prova íntegra’ com ‘prova alterada’ (pela perda da originalidade), sendo, assim, até no inapropriado contexto das nulidades, inadmissíveis no processo” MACHADO, Vitor Paczek; JEZLER JUNIOR, Ivan. A prova eletrônico-digital e a cadeia de custódia das provas: uma (re)leitura da Súmula Vinculante 14. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 24, n. 288, nov./2016, p. 8-9, p. 9.

⁹⁷ BADARÓ, Gustavo. *Cadeia de custódia e mensagens via BlackBerry*: dois temas atuais e complicados. Disponível em: <https://www.facebook.com/gustavo.badaro.1/posts/1983052101807843?__tn__=UC-R>. Acesso em: 26 dez. 2019.

⁹⁸ STF. RECLAMAÇÃO: RCL 32722 MC/MT. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe: 07/05/2019. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751502343>. Acesso em: 26 dez. 2019.

criminosas, sofrem influências e adaptações. O Estado, como principal agente desse processo de revolução tecnológica, responde desenvolvendo novos meios de obtenção de prova científica, destacando-se a prova digital. Este avanço busca sucesso na resolução de causas penais relacionadas a crimes que deixaram rastros digitais por parte dos suspeitos.

Nesse contexto, esta investigação buscou: i) acentuar as características dessa sociedade da informação; ii) as repercussões que essa nova formatação tecnológica causam ao Direito Processual Penal; iii) o ainda necessário estudo da verdade, indissociável da atividade probatória e, portanto, um indicativo relevante da natureza desse processo penal do qual se fala; iv) a importância da preservação da cadeia de custódia digital, para fins de admissibilidade dos dados digitais porventura obtidos durante o uso, notadamente, dos meios ocultos de coleta da prova; v) a insuficiência, no que tange à cadeia de custódia da prova penal digital, da regulamentação fornecida pela Lei nº 13.964/2019, sancionada nos últimos dias de dezembro desse ano.

É em nome da busca de uma tão propalada verdade absoluta que (ainda) se justifica o emprego de discursos e práticas nocivos ao Estado de Direito, frontalmente incompatíveis com um desenho democrático e civilizado de processo penal. É indispensável conciliar o uso dos meios tecnológicos de obtenção de prova digital com a observância aos pilares fundantes da República brasileira.

Diante do que se almejou explicar neste capítulo, conclui-se que o caminho para a edificação de um Direito Processual Penal democrático, assentado em bases epistemológicas, sem voluntarismos autoritários e livre do discurso maniqueísta (justificador da perseguição aos inimigos de sempre e dos de ocasião), mostra-se demasiado longo.

REFLEXÕES FINAIS

Neste desfecho, emerge a urgência incontestável de promover a humanização e democratização do processo penal e do Estado brasileiros, visando efetivar os direitos fundamentais individuais e sociais, conforme consagração feita em diplomas normativos internos e internacionais. É nesse sentido que o direito ao silêncio, alicerçado constitucional e convencionalmente, desempenha papel crucial na demarcação entre Estados Totalitários e Democráticos, conferindo ao indivíduo a salvaguarda contra autoincriminação compulsória.

Em um Estado substancialmente Democrático e Constitucional de Direito, a conscientização dos sujeitos processuais sobre suas limitações, atribuições e deveres é vital para preservar o equilíbrio processual. O processo penal não pode transmutar-se em expiação ou coisificação da pessoa humana, mas deve ser alicerçado nos princípios éticos, na legalidade e no respeito irrestrito aos direitos fundamentais, como explorado no primeiro capítulo.

No contexto da prisão temporária, o segundo capítulo expõe o descompasso entre sua utilização e os fundamentos democráticos. Ao adentrar em um Estado Democrático e Constitucional, revela-se inconstitucional, operando como antecipação punitiva e desviando-se da essência investigativa. Para assegurar o respeito aos direitos fundamentais, é premente investir em métodos de investigação avançados e repudiar práticas anacrônicas e violadoras.

O terceiro capítulo destacou a revolução tecnológica e sua influência no Direito Processual Penal. A busca pela verdade, indissociável da atividade probatória, segundo parcela da doutrina, exige a preservação da cadeia de custódia digital. A regulamentação insuficiente da Lei nº 13.964/2019 evidencia a necessidade de conciliar os avanços tecnológicos com os pilares republicanos.

Nesse cenário, é imprescindível evitar discursos e práticas nocivos ao Estado de Direito, incompatíveis com um processo penal democrático. A conciliação do uso dos meios tecnológicos com a observância dos princípios fundamentais é o caminho para edificar um Direito Processual Penal fundamentado, livre de autoritarismos e alinhado à civilidade.

Dessa forma, este estudo não se encerra como mero exame crítico, mas como um convite à reflexão constante sobre a transformação e equidade do sistema processual penal em nossa contemporaneidade. A harmonia entre a dinâmica da justiça penal e os valores democráticos consagrados constitui um desafio constante e uma responsabilidade inegável.

REFERÊNCIAS

ABISSAMRA FILHO, José Carlos. Por que falar sobre cadeia de custódia da prova?. **Revista brasileira da advocacia – RBA**, São Paulo, v. 3, n. 8, p. 135-152., jan./mar. 2018.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAULAND, Dieter Mayrhofer; PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões. A obsessão pela “verdade” e algumas de suas consequências para o processo penal. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo de. (orgs.) **A crise do processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal**. 1. ed. Porto Alegre: Nota dez, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BADARÓ, Gustavo. **Cadeia de custódia e mensagens via BlackBerry: dois temas atuais e complicados**. Disponível em: <https://www.facebook.com/gustavo.badaro.1/posts/1983052101807843?__tn__=-UC-R>. Acesso em: 26 dez. 2019.

BAPTISTA, Francisco das Neves. **O mito da verdade na dogmática do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Do Fascismo à Democracia: os regimes, as ideologias, os personagens e as culturas políticas**. Tradução Daniela Versiani. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A extração não compulsória de DNA para fins criminais e o direito ao silêncio. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 23, nº 272, p. 3-5, jul. 2015.

BOTTINO, Thiago. A doutrina brasileira do direito ao silêncio: o STF e a conformação do Sistema Processual Penal Constitucional. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Orgs). **Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL, Jus. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus n. 68.929/SP. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ de 28-08-1992. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751543/habeas-corpus-hc-68929-sp>>. Acessado em: 04 abr 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n. 30.302/SC. Relatora: VAZ, Laurita. Publicado no DJE de 25-02-2014. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.5:acordao;rhc:2014-02-25;30302-1335144>>. Acessado em: 31 jul 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Habeas Corpus n. 249330/PR. Relator: MUSSI, Jorge. Publicado no DJE de 25-02-2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178150906/habeas-corpus-hc-249330-pr-2012-0153144-0>>. Acessado em 05 de abr de 2016.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A prática perversa da prisão temporária. **Boletim do IBCCRIM**, n. 58. Disponível em: < https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/1368-A-pratica-perversa-da-prisao-temporaria >. São Paulo: set. 1997. Último acesso 20 fev. 2019.

CAMPOS, Ricardo Ribeiro. A Prisão Temporária e a Justiça Federal. **Revista da EMERJ**, v. 12, nº 48, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de José Antonio Cardinalli. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. Tradução de Eduardo Cambi. **Gênesis: Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 9, jul./set. 1998.

CASTELLS, Manuells. **A sociedade em rede**. v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CASARA, Rubens. R. R. **Estado Pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. -2. Ed. -Florianópolis [SC]: Tirant Lo Blanch, 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Orgs). **Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DIAS, Paulo Thiago Fernandes. As garantias da ampla defesa e do contraditório: uma necessária leitura constitucional e convencional contra o arbítrio no processo penal. In:

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

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José; SCHNEIDER, Nathalia Beduhn; SCARTON, Carolina Llantada Seibel (Orgs). **Processo Penal Contemporâneo em Debate**. Florianópolis: Emporio do Direito, 2016.

GESSINGER, Humberto. Além dos outdoors. In: HAWAII, Engenheiros. **A revolta dos dândis**. Rio de Janeiro: RCA, 1987. Faixa 7. CD.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. – São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito supraconstitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Processo Penal Pós-Acusatório? Resignificações do Autoritarismo no Processo Penal. In: **R. Emerj**. Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378-408, jan. – fev. 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**. V. 1. Florianópolis: Empório do Direito/Tirant lo Blanch, 2018.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Rodrigo Machado. Emergência de processo penal. In: PRADO, Geraldo; et al. **Processo penal e garantias**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

GRECO, Leonardo. Limitações probatórias. In: NETTO, Fernando Gama de Miranda; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. **Direito Processual em Debate**. Niterói: Editora da UFF, 2010.

HOBSBAWM, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX**. São Paulo: Companhia das letras, 1995.

JORGE, Carlos Augusto. **Inconstitucionalidade das prisões temporárias no bojo do inquérito policial sem a formação de culpa ou do devido processo legal**. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/33053/2>. Acesso em fevereiro de 2019.

KARAM, Maria Lucia. O direito à defesa e a paridade de armas. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Orgs). **Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KHALED JR., Salah H. **A Busca da Verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial**. – 2. ed. – Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016.

KHALED JUNIOR, Salah. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, VitalSource Bookshelf Online, 2013.

KHALED JUNIOR, Salah H. A produção analógica da verdade no processo penal: desvelando a reconstrução narrativa dos rastros do passado. In: GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado (eds). **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, São Paulo: Atlas, VitalSource Bookshelf Online, ano I, n. 01, jan./jun. 2015.

KNJJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LEONEL, Ana Leticia Anarelli Rosati Leonel; LEONEL; Juliano de Oliveira; DIAS, Paulo Thiago Fernandes; ZAGHLOUT, Sara Alacoque Guerra. “Pacote anticrime” e a distopia de Orwell: nada de novo na Oceânia chamada Brasil. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo: ano 27, nº 317, p. 23-24, abr./2019.

LIMBERGER, Têmis. Novas tecnologias e direitos humanos: uma concepção à luz da concepção de esfera pública. In: LIMBERGER, Têmis; BUNCHAT, Maria Eugenia. **Novas tecnologias, esfera pública e minorias vulneráveis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

LIMA, Marcellus Polastri. As provas vedadas no processo penal brasileiro: vedação de produção e eventual possibilidade de sua utilização. In: AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

LINO, Bruno Teixeira. **Prisão Temporária**: lei n. 7.960 de 21 de dezembro de 1989. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. – 11ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter "inquisitório" da investigação**. Publicado na Revista Consultor Jurídico, 29 de jan. de 2016, 10h38m Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>. Último acesso em 05 abr. 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **De qualquer lado que se olhe, revelia é incompatível com o processo penal**. Publicado na Revista Consultor Jurídico, 08 de abr. de 2016, 8h00 Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-08/limite-penal-revelia-incompativel-processo-penal>. Último acesso em 08 abr. 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. O problema da verdade no processo penal. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (org.). **Verdade e prova no processo penal**: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, VitalSource Bookshelf Online, 2014.

LOPES, JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **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 dez. 2019.

LORA, Denise Helena. A verdade como “revelação” no processo penal. In: Sistema Penal & Violência. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito**, Porto Alegre, v. 7, n. 2, 2015.

MACHADO, Jónatas E. M.; RAPOSO, Vera L. C. O direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**. Porto Alegre: ano 3, nº 8, p. 13-47, jul./set. 2009.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Pacote anticrime: cadeia de custódia da prova penal. Publicado na **Revista Eletrônica Consultor Jurídico** em 24 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-24/academia-policia-pacote-anticrime-cadeia-custodia-prova-penal>. Acesso em: 27 dez. 2019.

MACHADO, Vitor Paczek; JEZLER JUNIOR, Ivan. A prova eletrônico-digital e a cadeia de custódia das provas: uma (re)leitura da Súmula Vinculante 14. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 24, n. 288, nov./2016, p. 8-9.

MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Orgs). **Processo Penal e Democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARINHO, Girlei Marinho. **Cadeia de custódia da prova pericial**. Dissertação (mestrado) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa. <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9024/RELAT%C3%93RIO%20COMPLETO%20DEFESA.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 18 dez. 2010.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Subsídios para pensar a possibilidade de articular Direito e Psicanálise**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/subsidios-para-pensar-a-possibilidade-de-articular-direito-e-psicanalise-por-agostinho-ramalho-marques-neto>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

MARTINS, Alberto André Barreto. Adequação da prisão temporária ao princípio constitucional da presunção de inocência. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6866>. Acesso em fev 2019.

MASHALL, Angus. **Digital forensics: digital evidence in criminal investigation**. Wiley-Blackwell, 2008.

MENDES, Carlos Hélder C. Furtado. Dado informático como fonte de prova penal confiável (?): apontamentos procedimentais sobre a cadeia de custódia digital. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo: 2019.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais**. – 2ª ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

MENEZES, Isabela A.; BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 277-300, jan./abr. 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.12>>. Último acesso em 25 dez. 2019.

MELCHIOR, Antonio Pedro; CASARA, Rubens R R. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica, vol. I: conceitos fundamentais**. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Inteligência artificial no campo do direito constitucional, 30 anos depois: desafios do processo penal em rede e estratégico. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza (Orgs.). **Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

MOREIRA, David Alves. **Prisão provisória**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

MORO, Sergio Fernando. **O problema é o processo**. Publicado na página 2 de O Estado de S. Paulo, edição de domingo, 29 de março de 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/>>. Acesso em 05 jun. 2015.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

POVOA, Liberato. **Prisão temporária**. Curitiba: Juruá, 1996.

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.

PRADO, Geraldo. Prefácio. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018.

PRADO, Geraldo. **Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 22, nº 262, p. 16-17, set./2014.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

RIBOLI, Eduardo Bolsoni. “Eu sei o que vocês fizeram no verão passado”: o uso do software de espionagem como meio de obtenção de prova penal. **RBCCRIM**, São Paulo: ano 27, n. 156, jun./2019, p. 91-138.

ROSA, Alexandre Morais da. **Doping no processo penal ou complexo de Lance Armstrong**. Publicado na Revista Consultor Jurídico, 11 de jan. de 2014, 8h00 Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jan-11/diario-classe-doping-processo-penal-ou-complexo-lance-armstrong>. Último acesso em 05 abr. 2016.

Roxin, Claus. **Derecho procesal penal**. 1. ed. 2. reimp. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 2000.

SAAD, Marta. Direito ao silêncio na prisão em flagrante. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Orgs). **Processo Penal e Democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SANTIAGO NETO, José de Assis. **Estado Democrático de direito e processo penal acusatório**: a participação dos sujeitos no palco processual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias; GOMES, Jefferson de Carvalho. O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, maio-ago. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. – 11ª ed. rev. atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCHINKE, Vanessa Dorneles. **Judiciário e autoritarismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SNYDER, Timothy. **Na contramão da liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SPONHOLZ, Oto Luiz. BREDÁ, Antônio Acir. Aspectos processuais da reforma da lei de segurança nacional. **Revista de informação legislativa**, v. 15, n. 59, p. 149-152, jul./set. 1978. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181168>>. Acesso em fev 2019

STANLEY, Jason. **Como funciona o Fascismo**: a política do “nós” e “eles”. Porto Alegre: L&PM, 2018.

STJ. HABEAS CORPUS: HC 160662 RJ 2010/0015360-8. Relator: Ministra Assusete Magalhães. DJ: 18/02/2014. **Revista Eletrônica da Jurisprudência**. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 26 dez. 2019.

STJ. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS: RHC 59414 SP 2015/0100647-4. Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. DJe: 03/08/2017. **Revista Eletrônica da Jurisprudência**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501006474&dt_publicacao=03/08/2017. Acesso em: 26 dez. 2019.

STF. RECLAMAÇÃO: RCL 32722 MC/MT. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe: 07/05/2019. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751502343>. Acesso em: 26 dez. 2019.

SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. São Paulo: Universitária de Direito, 1994.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. **Prova e verdade no processo civil**. Tradução de João Gabriel. 1. ed. São Paulo: 2014.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade** – O juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Comentários ao anteprojeto de lei anticrime**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

TUCCI, Rogerio Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VEDOVATO, Luís Renato; ZEDES, Lenadro. O celular de um homem e o seu castelo: privacidade e smartphones na investigação criminal. **R. Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 20, n. 2, p. 65-92, maio/agosto, 2019.

WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no Direito Penal e no Processo Penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016.

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. **Ci. Inf.**, Brasília: v. 29, n. 2, p. 71-77, mai/ago. 2000.

ZAFFARONI, E. Raúl. **Doctrina penal nazi**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2017.

ZAGALLO, Rogério Leão. **Prisão provisória: razoabilidade e prazo de duração**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

SOBRE OS AUTORES

SARA ALACOQUE GUERRA ZAGHLOUT

Advogada. Professora Universitária (UNICEUMA e UNISULMA). Doutora em Direito Público (PPGD/UNISINOS – Bolsista CAPES). Mestra em Ciências Criminais (PPGCRIM/PUCRS). Especialista em Processo Penal (ANHAGUERA). Bacharela em Direito (FACIMP).

PAULO THIAGO FERNANDES DIAS

Advogado. Professor de Direito Penal, de Direito Processual Penal e de Direito Tributário na UNICEUMA. Professor de Legislação Tributária na UEMASUL. Pesquisador-líder do grupo de pesquisa “Instituições do Sistema de Justiça e Dignidade da Pessoa Humana” (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/5436723442142911). Expert na comunidade jurídica “Criminal Player”. Doutor em Direito Público (PPGD/UNISINOS). Mestre em Ciências Criminais (PPGCRIM/PUCRS). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal (UGF). Bacharel em Direito (ICJ/UFPA). Instagram: @paulothiagof Colunista no portal “região tocantina” - <https://regiaotocantina.com.br/>

