

DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO PENAL NA ERA DIGITAL /

DOCTRINA E PRÁTICA EM DEBATE < VOL.3 >

FRANCISCO BRITO CRUZ (ED.) / NATHALIE FRAGOSO (ED.) / AGATHA ROSA
/ ALCIDES PERON / ANDRÉ NICOLITT / ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO
/ ANTONIO SANTORO / CLARICE TAVARES / CLEOPAS ISAÍAS SANTOS /
DIEGO COLETTI OLIVA / EMANUEL QUEIROZ RANGEL / EVANILDA GODOI /
FERNANDA DOMINGOS / FLÁVIA MITRI / GERALDO PRADO / JACQUELINE
DE SOUZA ABREU / KATERINA HADJIMATHEOU / MARCOS CÉSAR ALVAREZ
/ MARGARET HU / NORMA SUELI BONACCORSO / SAMYR BÉLICHE VALE

INTERNETLAE
pesquisa em direito e tecnologia

SÃO PAULO, 2020

InternetLab é uma organização sem fins lucrativos dedicada à produção de pesquisa acadêmica aplicada com impacto em políticas públicas de tecnologia e Internet no Brasil.

Citação sugerida

BRITO CRUZ, Francisco; FRAGOSO, Nathalie (eds.). Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate. Vol. III. São Paulo. InternetLab, 2020.

Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons CC BY-NC-SA 4.0 BR. Esta licença permite que outros remixem, adaptem e criem obras derivadas sobre a obra original, desde que com fins não comerciais e contanto que atribuam crédito aos autores e licenciem as novas criações sob os mesmos parâmetros. Toda nova obra feita a partir desta deverá ser licenciada com a mesma licença, de modo que qualquer obra derivada, por natureza, não poderá ser usada para fins comerciais.

Avenida Ipiranga 344 cj 11B | 01046-010 | São Paulo | SP | Brasil

ASSOCIAÇÃO INTERNETLAB DE PESQUISA EM DIREITO E TECNOLOGIA

www.internetlab.org.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Direitos fundamentais e processo penal na era digital / Francisco Brito Cruz, Nathalie Fragoso [editores] -- 1. ed. -- São Paulo: InternetLab, 2020. -- (Doutrina e prática em debate; 3)

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-65-88385-06-7

1. Direito processual penal **2.** Direitos fundamentais **3.** Processo penal **4.** Tecnologia e direito **5.** Tecnologias da informação e comunicação **I.** Cruz, Francisco. **II.** Fragoso, Nathalie. **III.** Série.

20-42487

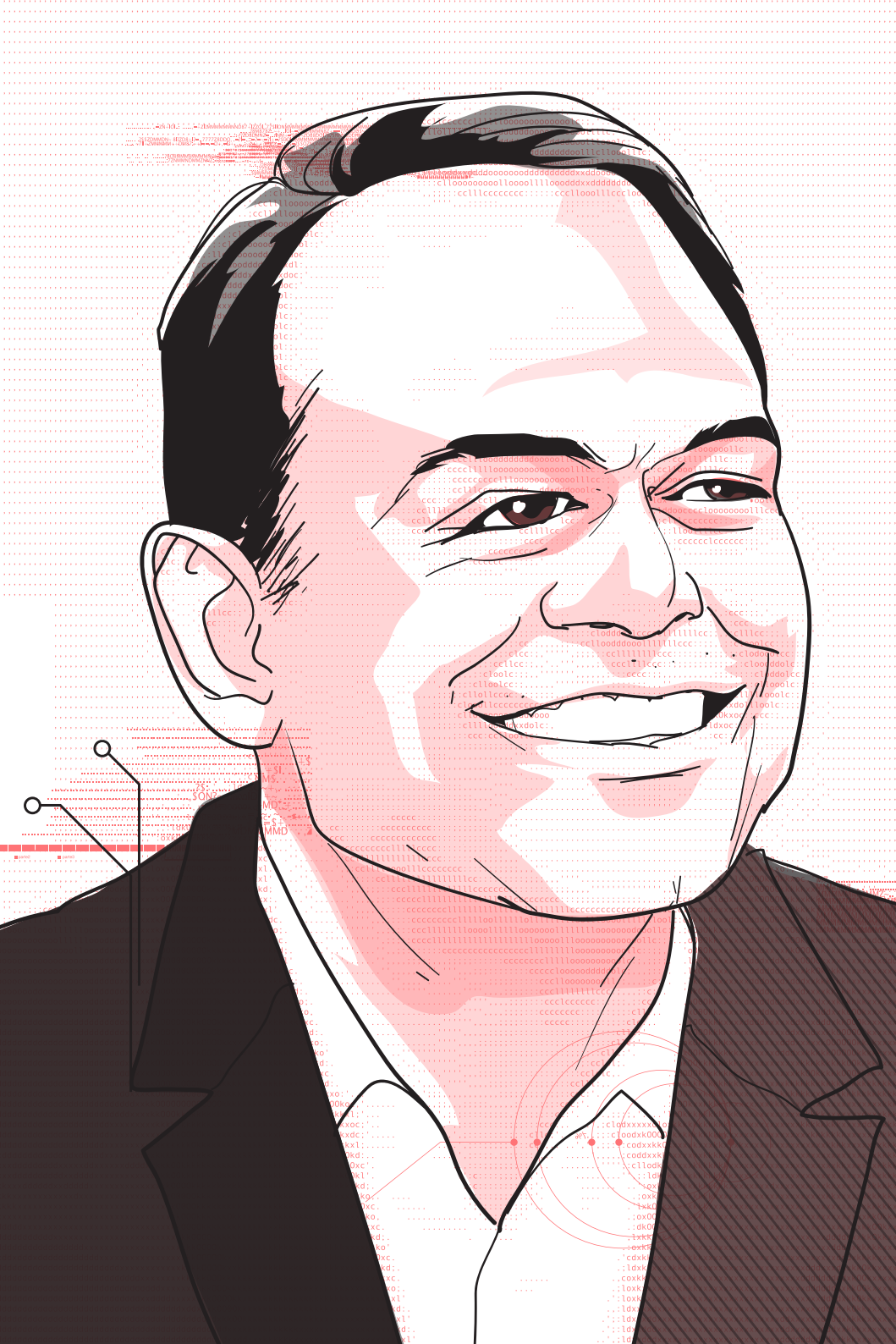
CDU-343.1:004

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito e tecnologia : Direito processual penal

343.1:004

Maria Alice Ferreira - Bibliotecária - CRB-8/7964



13.

A CADEIA
DE CUSTÓDIA
NA INTERCEPTAÇÃO
TELEFÔNICA

Antonio Santoro

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 adotou de forma clara um modelo garantista, assim compreendido o sistema concebido por Luigi Ferrajoli (2014, p. 91 e ss.) que, em sua conhecida obra “Direito e Razão: teoria do garantismo penal”, elaborou um modelo teórico baseado em apenas dez axiomas básicos, dos quais quatro são aplicáveis ao processo penal.

Tal concepção foi corroborada pela ratificação em 1992 de alguns tratados internacionais sobre direitos humanos, como o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, que teve seu texto aprovado no âmbito interno do Brasil por meio do Decreto Legislativo no 226/91, entrou em vigor no dia 24 de abril de 1992 e foi promulgado pelo Decreto no 592, de 6 de julho de 1992 e, em especial, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que entrou em vigor no Brasil quando o governo depositou a carta de adesão em 25 de setembro de 1992, e foi promulgada pelo Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992.

Assim, os quatro axiomas processuais penais básicos do garantismo foram contemplados expressamente pela Constituição e pelos diplomas internacionais referenciados: (1) qualquer pessoa só pode ser julgado por um juiz, independente e imparcial, (2) diante de uma acusação clara, objetiva e previamente conhecida formulada por um órgão de acusação distinto do órgão de julgamento, (3) acusação esta que deve ser provada e (4) garantido o direito de defesa e de contraditório.

Assim, toda acusação deve ser provada, de tal forma que a decisão condenatória depende da verificação da descrição dos fatos imputados pela acusação ao réu. Vale dizer, em um sistema processual penal inserido no âmbito de um Estado Democrático de Direito, a condenação à perda da liberdade, de direitos ou dos bens está condicionada à verificabilidade empírica da acusação.

Nesse contexto a atividade probatória ganha força e relevo. Todo ato que pretenda gerar dados a serem submetidos à valoração judicial deve obedecer a um procedimento definido por lei (meio de prova ou meio de obtenção de prova) que respeite os direitos e garantias fundamentais.

Um dos mais relevantes meios de obtenção de prova é a interceptação telefônica, que, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, ultrapassa o número de 300.000 (trezentas mil) interceptações por ano no Brasil (Santoro & Tavares, 2019, p. 116).

Um dos grandes problemas é: como garantir que as gravações de conversas são seguras e confiáveis, que não foram alteradas até chegar aos autos? Secundariamente: quais as consequências processuais penais de não existir um mecanismo que garanta a integridade do elemento de prova?

Parte-se da hipótese de que o mecanismo existente para garantia da confiabilidade das gravações que se convertem em elementos de prova é a cadeia de custódia, cuja violação implica na violação dos princípios e garantias do devido processo legal.

Para tanto, trabalhar-se-á metodologicamente com fontes bibliográficas sobre a cadeia de custódia, com o objetivo de perquirir o seu conceito, sua importância, bem como a quebra e seus efeitos, uma análise sobre sua positivação pela Lei nº 13.964/2019, bem como far-se-á uma análise do funcionamento da operação de interceptação telefônica, para então verificar o papel da cadeia de custódia nesse meio de obtenção de prova e na estrutura garantista do processo penal brasileiro.

1. A CADEIA DE CUSTÓDIA

1.1. CONCEITO

A cadeia de custódia pode ser definida como o conjunto de procedimentos que devem ser adotados com o objetivo de proteger a prova penal, desde o momento do acesso às fon-

tes de prova e colhimento dos vestígios no local da prática criminosa até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Trata-se do mecanismo de proteção da autenticidade do material que se tornará prova durante o processo penal, visando à adequada identificação e o registro do caminho percorrido durante as investigações, garantindo, assim, sua segurança, rastreabilidade e licitude.

Manifesta-se, portanto, “o instituto da cadeia de custódia com o objetivo de garantir a todos os acusados o devido processo legal, bem como os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita.” (Menezes, Borri & Soares, 2018, p. 281).

Segundo Geraldo Prado (2014, p. 80), a cadeia de custódia seria, de forma simplificada, o dispositivo que objetiva assegurar os elementos probatórios em sua integridade. Trata-se de uma garantia constitucional contra a prova ilícita. Nas palavras do professor:

O filtro processual contra provas ilícitas depende do rastreamento das provas às fontes de prova (elementos informativos) e a ilicitude probatória, direta ou por derivação, é mais facilmente detectável na sequência desse rastro produzido entre as fontes de prova e os elementos (meios) probatórios propriamente ditos. (Prado, 2014, p. 57)

No entendimento do pesquisador Jefferson Lemes Carvalho, a cadeia de custódia seria constituída como um

conjunto de procedimentos técnicos e científicos que irão oferecer conhecimento aos operadores do Direito, permitindo-se avaliar se aquela prova que está no tribunal, e que representa a materialidade de um ato criminoso, foi tratado com o devido rigor técnico-científico legal

desde sua origem de colheita no local da infração penal.
(Carvalho, 2016, p. 373)

Nas instituições periciais oficiais nacionais e internacionais, a cadeia de custódia assegura um “meio que se possa garantir a confiança, autenticidade e integridade das amostras (vestígios); desde o isolamento do local da infração penal – perícias externas até perícias internas aos laboratórios forenses.” (Carvalho, 2016, p. 371)

Para Aury Lopes Jr (2017, p. 412), “A cadeia de custódia exige o estabelecimento de um procedimento regrado e formalizado, documentando toda a cronologia existencial daquela prova, para permitir a posterior validação em juízo e exercício do controle epistêmico.”

É preciso manter o registro da sucessão de eventos desde a coleta do dado até o trânsito em julgado “de forma a proteger a integridade de um vestígio do local crime ao seu reconhecimento como prova material.” (Dias Filho, 2002, p. 404)

O início da cadeia de custódia se daria logo após a prática criminosa, com a devida preservação do lugar da infração penal (Carvalho, 2016, p. 376).

Desde o cometimento da infração penal até o fim do processo judicial, faz-se necessária a demonstração de todas as etapas para assegurar o “rastreamento” e a “continuidade” da evidência desde o local do crime até a sala do tribunal. (United Nations Office on Drugs and Crime, 2010)

O “tema de provas exige a intervenção de regras de ‘acreditação’, pois nem tudo que ingressa no processo pode ter valor probatório: há que ser ‘acreditado’, legitimado’, valorado desde sua coleta até a sua produção em juízo para ter valor probatório.”(Lopes Júnior, 2017, p. 412) Para tanto, requer-se ainda a identificação de todos os envolvidos na custódia do material (Marinho, 2011).

É possível, portanto, garantir a idoneidade do caminho que a amostragem percorreu em todas as fases processuais a partir da observação de um protocolo legal, fazendo memória dessas etapas. Esse referido protocolo, que é a cadeia de custódia, é um rigoroso procedimento de coleta e conservação das evidências, a fim de evitar a contestação das provas (Lopes, Gabriel & Bareta, 2006).

Na visão de Carlos Edinger, a cadeia de custódia pode ser compreendida como uma sucessão de elos, e “um elo é qualquer pessoa que tenha manejado esse vestígio”, sendo necessário identificar cada elo para garantir “a possibilidade de se indicar fontes de prova, de se exigir que elas venham ao processo.” (Edinger, 2016, p. 242) Portanto, só se pode falar em cadeia de custódia íntegra quando se fala em sucessão de elos provados.

1.2. IMPORTÂNCIA DA CADEIA DE CUSTÓDIA

Geraldo Prado esclarece que a cadeia de custódia discute a concreta possibilidade de ocorrer indevida manipulação do elemento probatório. Sua importância está no fato de ser o adequado mecanismo que “visa assegurar a memória de todas as fases do processo, constituindo-se e mantendo assim um protocolo legal que permita garantir a idoneidade do resultado e rebater as possíveis contestações dúbias.” (Carvalho, 2016, p. 371)

A relevância de tal instituto decorre da impossibilidade de “controlar os mecanismos de convencimento psicológico do juiz”, daí porque “o controle da decisão judicial em um Estado democrático de direito deve se dar através de sistemas de controles epistêmicos, mediante critérios objetivos, inclusive na fase da produção da prova, para garantir a qualidade da decisão judicial.” (Moraes, 2017, p. 136)

Cumprе ressaltar que a cadeia de custódia não pretende questionar a credibilidade da prova colhida pela autoridade

de policial, mas garantir que aquela prova possa ser acreditada, ou seja, “demonstre que tais objetos correspondem ao que a parte alega ser.” (Lopes Júnior, 2017, p. 412) Trata-se da segurança de que o Estado cumprirá com sua obrigação de conservação da prova, visando garantir sua integridade e confiabilidade. Geraldo Prado define tal posicionamento como “mesmidade”, isto é, a garantia de que a prova colhida é a mesma que a projetada em juízo. (Prado, 2014, pp. 16-17)

Por fim, tem-se que “saber se as informações são empiricamente verificáveis implica, antes de mais nada, poder confiar que os dados armazenados e submetidos à valoração judicial guardam fidedignidade e não foram manipulados ou que não foram passíveis de manipulação.” A cadeia de custódia se apresenta, portanto, como “a única maneira de assegurar a integridade do procedimento probatório.” (Santoro, Tavares & Gomes, 2017, p. 620) Em outras palavras, deve ser preservada a cadeia de custódia para permitir o rastreo às fontes de prova.

1.3. A PREVISÃO NORMATIVA DA CADEIA DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A LEI Nº 13.964/2019

A cadeia de custódia, como instituto da teoria das provas, “deve ser vista como direito subjetivo das partes, visto que a garantia de uma prova idônea e preservada é um desdobramento da garantia ao devido processo legal.” (Azevedo, 2017, p. 106)

Dessa forma, a cadeia de custódia se fundamenta em diversos dispositivos constitucionais, especialmente nos princípios do contraditório e da ampla defesa (da paridade de armas), da presunção de inocência, da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, previstos no artigo 5º, incisos LV, LVII, LVI da Constituição Federal, respectivamente, bem como do

princípio do sistema acusatório, com a separação de funções, iniciativa probatória das partes e imparcialidade do julgador.

Portanto, o respeito ao instituto é a maneira pela qual se pode garantir a aplicabilidade de importantes princípios constitucionais no processo penal, os quais tornam essencial a manutenção da higidez da cadeia de custódia como forma de garantir tratamento igualitário entre as partes, possibilitando o conhecimento integral da imputação criminal e da produção probatória.

Em que pese a importância da cadeia de custódia decorrer também da adequada observação da previsão constitucional, como anteriormente demonstrado, havia no ordenamento jurídico brasileiro pouca normatização referente ao instituto, de forma específica, até a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019. Vejamos a situação normativa antes e depois do referido diploma legal.

O Código de Processo Penal não contemplava regulamentação objetiva sobre a conceituação e a documentação da cadeia de custódia. Entretanto, Gustavo Badaró sugeria uma interpretação sistemática do referido diploma legal, indicando alguns dispositivos que apontavam e ainda apontam para a sua necessidade. Exemplifica-se com o artigo 6º, especialmente os incisos I e II do Código de Processo Penal, que impõe à autoridade policial a preservação do local do crime até a chegada dos peritos e a apreensão dos objetos após a liberação pelos *experts*.

Há a exigência, ainda, conforme prevê o artigo 158 do Código de Processo Penal, da obrigatoriedade da realização de exame de corpo de delito quando houver sinais indicativos da ocorrência de infração penal.

Ainda no mesmo diploma legal, prevê o artigo 170: “Nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a eventualidade de nova perícia. Sempre que con-

veniente, os laudos serão ilustrados com provas fotográficas, ou microfotográficas, desenhos os esquemas.” (Brasil, 1941)

Dessa forma, a prova pericial no processo penal brasileiro é a regra, cuja ausência pode acarretar o desaparecimento de todos os vestígios da infração. “É exigido que o laboratório criminal guarde material suficiente para contraprova pericial, satisfazendo assim o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa do acusado.” (Carvalho, 2016)

Com a reforma realizada no processo penal brasileiro a partir da Lei 11.690 de 2008, tem-se a figura do assistente técnico, o qual poderá apresentar parecer técnico corroborando ou se contrapondo ao laudo pericial oficial, o que só pode acontecer se os vestígios forem preservados, garantindo-se a cadeia de custódia da prova e viabilizando o direito de defesa e ao contraditório.

Tal previsão vinha se mostrando de grande valia para as partes exercerem o controle e garantir a confiabilidade da cadeia de custódia no manuseio das evidências. Pontua Jefferson Lemes Carvalho que “é possível explicar que a prática de alguns advogados de questionar o manuseio de evidências ganha força com a figura do assistente técnico no processo penal e esse procedimento será enormemente explorado como argumento de defesa.” (Carvalho, 2016, p. 378)

A partir de tudo mostrado, pode-se inferir que o Código de Processo Penal não regulamentava diretamente a cadeia de custódia de forma pormenorizada, tratando, todavia, de especificar no meio de prova pericial (artigos 154 a 184 do Código de Processo Penal) providências que podiam ser compreendidas como uma garantia à cadeia de custódia.

Com efeito, conforme determina a Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014, da Secretaria Nacional de Segurança Pública, cadeia de custódia é o “conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica

do vestígio, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.” (Brasil, 2014) A referida norma considera que a cadeia de custódia “é fundamental para garantir a idoneidade e a rastreabilidade dos vestígios, com vistas a preservar a confiabilidade e a transparência da produção da prova pericial até a conclusão do processo judicial.” (Brasil, 2014) Por fim, ela “confere aos vestígios certificação de origem e destinação e, conseqüentemente, atribui à prova pericial resultante de sua análise, credibilidade e robustez suficientes para propiciar sua admissão e permanência no elenco probatório.” (Brasil, 2014)

Considerando ser imprescindível a garantia aos elementos de prova documentados nos autos do procedimento persecutório penal para se identificar a preservação da cadeia de custódia, o Supremo Tribunal Federal se debruçou a respeito da matéria e consolidou a Súmula Vinculante nº 14, a qual “garante ao defensor a possibilidade de conhecer os elementos angariados em desfavor de seu constituinte.” (Menezes, Borri & Soares, 2018, p. 290) Determina a referida súmula: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.” (Brasil, 2018)

Decorre desse entendimento a compreensão da Suprema Corte sobre o acesso aos elementos informativos da investigação (chamados pela súmula de “elementos de prova”) como constituição de vetor de controle da cadeia de custódia da prova, especialmente no que se refere ao conhecimento das fontes de prova. “Qualquer tipo de filtro realizado na prova – quer seja por ocultação, destruição ou agregação de conteúdo –, é incompatível com o ‘acesso amplo aos elementos de prova’, justamente por corresponder à parte de um todo.” (Machado & Jezler Júnior, 2016, pp. 8-9)

/ RECONHECIDA
E COMPROVADA DE
FORMA PERICIAL,
A QUEBRA DA
CADEIA DE
CUSTÓDIA DESAFIA
A APLICAÇÃO
DE SANÇÕES
PROCESSUAIS /

A partir do que foi apresentado, tem-se que “os princípios constitucionais limitadores do poder punitivo estatal, as normas processuais penais e o entendimento sumular possibilitam o reconhecimento da cadeia de custódia como mecanismo hábil a conferir fidelidade à prova, permitindo o conhecimento pela defesa de eventual manipulação, adulteração ou supressão da prova provocando consequências.” (Menezes, Borri e Soares, 2018, p. 291)

Todavia, com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, foram introduzidos os artigos 158-A a 158-F no Código de Processo Penal, cujo objetivo foi regulamentar a cadeia de custódia. Porém, a cadeia de custódia foi regulamentada apenas para o meio de prova pericial.

O art. 158-A do CPP define cadeia de custódia como “o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”. Estabelece que o início da cadeia de custódia se dá com a preservação do local, cuja responsabilidade é do agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a investigação. E define vestígio como “todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal.”

O art. 158-B define as etapas da cadeia de custódia e o significado de cada uma delas. São etapas legais da cadeia de custódia: reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte.

Os dispositivos seguintes definem que o perito oficial é responsável pela coleta do material e determina a criação de uma central de custódia em todos os institutos de criminalística, a qual deve guardar e controlar os vestígios.

Ficou definido também que a responsabilidade pela cadeia de custódia é de diferentes órgãos conforme as etapas da cadeia. O funcionário que identificar um elemento potencial terá uma responsabilidade que termina antes da coleta. O perito é responsável pela coleta, bem como por todo o período em que o vestígio estiver sob sua guarda, e a central de custódia é responsável pelo guarda e controle dos vestígios, bem como pelo registro de entrada e saída do vestígio no órgão, devendo identificar todas as pessoas que tiveram acesso, com registro de data e hora. Toda tramitação dos vestígios na central de custódia deve fazer constar a identificação do responsável pelas ações, com registro da destinação, data e hora da ação.

A cadeia de custódia se mostra, portanto, como instituto indispensável e de fundamental importância ao processo penal brasileiro. Faz-se necessária, portanto, a análise da quebra da cadeia de custódia e das consequências decorrentes desse rompimento para o processo penal brasileiro.

2. A QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA E SEUS REFLEXOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Como já demonstrado, o instituto da cadeia de custódia “abarca todo o caminho que deve ser percorrido pela prova até a sua exata análise e escoreita inserção no processo, sendo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade.” (Menezes, Borri & Soares, 2018, p. 281)

Dessa forma, conforme entende Alberi Espindula:

Claro está que a finalidade em se garantir a cadeia de custódia é para assegurar a idoneidade dos objetos e bens escolhidos pela perícia ou apreendidos pela auto-

ridade policial, a fim de evitar qualquer tipo de custódia quanto à sua origem e caminho percorrido durante a investigação criminal e o respectivo processo judicial. (Espindula, 2009, p. 165)

Estabelecido o conceito de cadeia de custódia, faz-se necessária a discussão sobre a falta ou insuficiência da documentação do referido instituto. Tal advertência é importante porque “não se viola a sucessão de pessoas que teve contato com a coisa, mas a documentação que atesta essa realidade.” (Badaró, 2018, p. 254) Em outras palavras, “o fato de inexistir o registro das pessoas que mantiveram contato com a fonte de prova não significa assentir que houve violação da cadeia de custódia.” (Menezes, Borri & Soares, 2018, p. 282)

A regulamentação da cadeia de custódia é relevante porque três principais argumentos podem ser suscitados para questionar a validade do referido instituto: a) a falsidade da prova; b) a insuficiência da prova da cadeia de custódia da prova; e c) a falsidade da prova da cadeia de custódia da prova. Apenas o primeiro e o terceiro itens poderiam ser resolvidos através do incidente de falsidade documental, mantendo-se as demais controvérsias quanto a cadeia de custódia insuficiente, segundo Dallagnol & Câmara (2016, p. 437).

O valor probatório da evidência ou do documento, portanto, será validado caso não sejam discutidas sua origem e sua tramitação. Alberi Espindula diz que:

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

questionada. Qualquer questionamento acarretará prejuízo para processo como um todo. (Espindula, 2009, p. 165)

Assim, “qualquer interrupção na cadeia de custódia pode causar a inadmissibilidade da evidência. Mesmo se admitida, uma interrupção pode enfraquecer ou destruir seu valor probatório. A regra é ter o menor número possível de pessoas lidando com a evidência.” (Osterburg & Ward, 1992, p. 180). Em outras palavras, tem-se que:

A ausência de observância de um procedimento específico no momento da produção do elemento probatório pode gerar a quebra da cadeia de custódia da prova e, por consequência sua ilicitude. Sendo assim, necessário se faz que o detentor da fonte de prova, na maioria das vezes o Estado-acusação, tenha o devido cuidado na coleta, manipulação e transporte do objeto que, posteriormente, será um elemento probatório, a fim de preservar a cadeia de custódia e garantir a integridade da prova. (Menezes, Borri & Soares, 2018, p. 284)

Entende Geraldo Prado que a questão relacionada à cadeia de custódia, antes tratada apenas em sua relevância estritamente técnica no estudo das perícias, “transcende esta dimensão para gozar de status constitucional, pois que se relaciona com a garantia contra a prova ilícita.” (Prado, 2014, p. 82)

Acrescenta Prado que a análise sobre a ocorrência de provas ilícitas “depende do rastreamento das provas às fontes de prova (elementos informativos) e a ilicitude probatória, direta ou por derivação, é mais facilmente detectável na sequência deste rastro produzido entre as fontes de prova e os elementos (meios) probatórios propriamente ditos. (Prado, 2014, p. 57)

Tem-se evidente que a falha na preservação dos elementos probatórios, que configura a quebra da cadeia de custódia, pode influenciar na interpretação de todo o conjunto probatório, considerando a natureza persuasiva das provas. (Prado, 2014, p. 82) A referida ruptura, portanto, terá reflexos diretos no entendimento final do magistrado, bem como guiará as alegações da acusação e da defesa, podendo resultar em um julgamento injusto, violando os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Segundo Geraldo Prado “A destruição dos elementos informativos, comprovada por perícia no processo, inviabiliza o exercício do direito de defesa e a própria fiscalização judicial, relativamente ao caráter de confiabilidade dos demais elementos...” (Prado, 2014, p. 83)

Entende Carlos Edinger que a quebra da cadeia de custódia gera também a quebra da rastreabilidade das provas, resultando na perda da credibilidade do referido lastro probatório, afinal, argumenta o autor, “se eu desconheço a proveniência daquela prova, se eu desconheço por quem aquela prova passou e o que foi feito com ela, nada impede que seja ela objeto da manipulação e seleção unilateral das provas, realizada por agentes do Estado ou, até, por eventuais corrêus” (Edinger, 2016, p. 251)

Reconhecida e comprovada de forma pericial, a quebra da cadeia de custódia desafia a aplicação de sanções processuais, visto sua gravidade, e “configura prova ilícita, pois não há como sujeitá-lo, adequadamente, aos procedimentos de comprovação e refutação.” (Prado, 2014, p. 87)

Para Aury Lopes Jr., a consequência da quebra da cadeia de custódia “sem dúvida deve ser a proibição de valoração probatória com a consequente exclusão física dela e de toda a derivada.” (Lopes Júnior, 2017, p. 414)

Na mesma linha, Geraldo Prado entende que com a ruptura da cadeia de custódia “uma vez reconhecida sua ilicitude,

de forma definitiva, haverá o desentranhamento e sua inutilização” (Prado, 2014, p. 57), seja porque foram violados os cuidados no aspecto de correspondência entre a prova colhida e aquela trazida ao feito (“mesmidade”), seja na perspectiva do significado da prova que acarreta a falta de confiabilidade do elemento probatório, impedindo sua valoração.

Cumprе ressaltar que, em sentido contrário aos entendimentos apresentados, Gustavo Badaró entende que a quebra da cadeia de custódia não implica em ilicitude da prova, sendo certo que a problemática deve ser solucionada no momento da valoração das provas, a partir da análise do magistrado. Adverte o autor que, mesmo em situações de maior gravidade, mediante existência de questionamento sobre a integridade e a autenticidade da prova, tal fato repercutirá em seu valor. (Badaró, 2018, p. 535)

Todavia, prevalece na doutrina o entendimento de que

deve-se verificar as consequências jurídicas oriundas da quebra da cadeia de custódia da prova entendendo-se como adequada e harmônica a Constituição Federal a compreensão de ilicitude probatória, enodando todos os elementos derivados, conforme a teoria dos frutos da árvore envenenada. (Prado, 2014, p. 296)

Não se pode ignorar que a regulamentação sobre a cadeia de custódia inserida pela Lei nº 13.964/2019 padece de dois problemas: (1) dirige-se apenas ao meio de prova pericial; (2) não traz nenhuma disposição sobre a consequência para a validade ou valor dos elementos de prova.

Começando pelo segundo ponto, os artigos 158-A a 158-F do CPP não dispõem sobre a ilicitude da prova, sobre a obrigatoriedade de desentranhamento ou sobre a obrigatoriedade de não valoração. Apenas afirma no §2º do art. 158-C do

CPP que a entrada em locais isolados e a remoção de vestígios antes da liberação pelo perito responsável, implica na tipificação de fraude processual.

Isso mostra que a Lei nº 13.964/2019 teve a preocupação de criminalizar condutas que violassem a cadeia de custódia, mas não tipificou com a devida sanção processual os elementos probatórios de um meio cuja cadeia de custódia tenha sido violada.

Nesse sentido, compreendemos como a doutrina que “verificada a quebra da cadeia de custódia das provas, todos os demais elementos colhidos a partir da quebra estarão contaminados e igualmente não serão válidos.” (Prado, 2014, p. 91) Observando a norma processual penal brasileira, notadamente o artigo 157 do Código de Processo Penal, já explicado, a contaminação gerada pela quebra da cadeia de custódia estabelece a “inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, salvo quando houver rompimento do nexo de causalidade entre umas e outras.” (Prado, 2014, p. 92). A quebra da cadeia de custódia, portanto, é capaz de gerar provas ilícitas, inclusive por derivação, devendo ocorrer o desentranhamento e completa inutilização das mesmas.

No centro dessa discussão está o contraditório, como bem observa Prado, para quem a verificabilidade do meio probatório, como função do contraditório, “apenas é viável se for possível determinar a integridade das fontes de prova”, sendo esse o papel do princípio da “mesmidade”. (Prado, 2019, p. 134)

Quanto ao segundo problema, qual seja, a Lei nº 13.964/2019 ter regulado a cadeia de custódia apenas quanto à prova pericial, importa observar o que ensina Geraldo Prado sobre as cautelares probatórias, entre as quais se encontra a interceptação telefônica. Para Prado, se impõe a definição e concreção de métodos de manutenção dos elementos infor-

mativos obtidos com o empregos desses meios, bem como a instituição de práticas fiscalizadoras destes elementos (Prado, 2019, p. 135).

Portanto, conquanto a Lei nº 13.964/2019 só tenha definido regras sobre a cadeia de custódia dos vestígios da prova pericial, propõe Prado que seu estudo, inspirado nos princípios constitucionais e convencionais estruturantes do processo penal no Estado de Direito, continue a fornecer subsídios para o enfrentamento deste tema em relação às cautelares probatórias. Acrescente-se, por oportuno, que as bases normativas da cadeia de custódia da prova pericial podem e devem ser aplicadas por analogia para as cautelares probatórias, especialmente a interceptação telefônica.

Nesse sentido, apresentaremos os pontos relevantes sobre a interceptação telefônica, especialmente sobre o funcionamento prático das medidas e principais funcionalidades que geram importantes implicações sobre a cadeia de custódia.

3. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E OS SISTEMAS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO (TI) QUE CAPTAM E ARMAZENAM OS DADOS COLHIDOS DOS MONITORAMENTOS DAS COMUNICAÇÕES

3.1. TERMINOLOGIAS DA PROVA: INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA ATÍPICO

Ponto fundamental à compreensão do problema diz respeito à compreensão terminológica referente ao tema probatório. Sabe-se que o termo prova é usado de forma indiscriminada para designar uma variada gama de significados, daí a sua natureza polissêmica tanto no trato comum como no discurso jurídico.

Entretanto, faz-se necessário realizar algumas distinções para efetiva compreensão da proposta de pesquisa realizada neste trabalho. A primeira é a compreensão do que vem a ser *elemento de prova e resultado da prova*.

Elementos de prova, no inglês *evidence*, são os “(...) dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à causa” (Gomes Filho, 2005, p. 307) e sobre os quais o juiz vai realizar um procedimento inferencial para chegar a alguma conclusão sobre os fatos. São as informações valoráveis pelo juiz. Já o resultado da prova, no inglês *proof*, é a própria conclusão que o julgador extrai dos diversos elementos de prova existentes, por meio de um procedimento intelectual para estabelecer a veracidade ou não dos fatos alegados. Estes fatos alegados são chamados de objeto de prova.

Há que se distinguir, ainda, *fonte de prova, meio de prova e meio de investigação de prova*.

Fonte de prova são as pessoas ou coisas que podem fornecer uma informação apreciável sobre o objeto de prova, ou seja, os fatos alegados. Daí porque as fontes podem ser reais (documentos *lato sensu*) ou pessoais (testemunhas, acusado, vítima, perito, assistentes técnicos).

Meios de prova são instrumentos ou atividades endoprocessuais que se desenvolvem perante o juiz, com conhecimento e participação das partes, pelos quais as fontes de prova introduzem elementos de prova no processo. Diferenciam-se dos meios de investigação de prova, também chamados meios de pesquisa da prova ou meios de obtenção de prova, que são atividades extraprocessuais, que podem ser produzidos na fase investigatória, sem a participação do investigado, baseado no fator “surpresa” (Tonini, 2002, p. 242) e não podem ser repetidos.

Nosso Código de Processo Penal não distingue entre meios de prova e meios de investigação de prova. O *Codice*

*di Procedura Penale*¹ italiano distingue no Livro III, Título II os meios de prova (testemunhal, confronto ou acareação, reconhecimento, reprodução judicial, pericial e documental) e no Título III os meios de pesquisa da prova (inspeções, buscas, sequestros e interceptações das conversas ou comunicações).

Todavia, a Lei nº 12.850/2013 adotou claramente esta nomenclatura e fez um elenco dos meios de obtenção de prova admitidos nas investigações no seu art. 3º e regulamentou algumas delas.

A interceptação das comunicações telefônicas, conquanto esteja no rol dos meios de obtenção de prova da Lei nº 12.850/2013, está regulada pela Lei nº 9.296 de 1996. De fato, a interceptação telefônica é um meio de investigação ou de pesquisa ou de obtenção da prova, cuja aptidão para levar ao processo elementos probatórios deve ser analisada cuidadosamente.

Em primeiro lugar, há que se distinguir se a interceptação das comunicações telefônicas é um meio de investigação de prova típico ou atípico. Neste ponto é importante pontuar que meios típicos não se caracterizam meramente por estarem previstos em lei, pois, como pontua Antonio Scarance Fernandes, apoiado na lição de Antonio Laronga, “a prova típica é aquela prevista e dotada de procedimento próprio para sua efetivação; a prova atípica, por conseguinte, é aquela que, prevista ou não, é destituída de procedimento para sua produção.” (Scarance Fernandes, 2012, p. 15)

Nesse sentido seriam típicos aqueles meios cuja previsão e procedimento estão regulamentados, seja o procedimento próprio ou por remissão. De outro lado, não estando previsto o meio ou, ainda que previsto, se seu procedimento não estiver regulamentado ou for objeto de remissão, está-se diante de um meio atípico.

Ora, o art. 50 da Lei no 9.296 de 1996 prevê não apenas que a decisão que defere a medida deve ser fundamentada, mas que o juiz deve indicar “a forma de execução da diligência”.

Dessa forma, como observou Geraldo Prado, quando a legislação silencia sobre o procedimento probatório, a exigência de motivação da “decisão que defere o emprego de métodos ocultos de investigação importa” não apenas na indicação dos elementos que convencem acerca da sua adequação, mas “ainda, na definição dos meios de sua execução e fiscalização” (Prado, 2014, p. 78).

Isso significa que o procedimento da interceptação das comunicações telefônicas não é regulamentado, sendo deixado ao juiz, no ato decisório, fazê-lo. Isso implica em que a interceptação das comunicações é um meio de investigação de prova atípico.

Daí surge um questionamento: os elementos de prova obtidos pelos meios de prova atípicos são de regra admitidos porque submetem-se ao contraditório judicial, mas os meios de investigação de prova atípicos são aptos a obter elementos de prova ou apenas a descobrir e resguardar a fonte de prova?

A resposta de Scarance Fernandes merece transcrição:

O problema da ilicitude coloca-se mais em relação aos meios de investigação ou de obtenção de prova. Como, quase sempre, eles importam restrição ou ameaça de restrição a direitos individuais, a regra deve ser a tipicidade, dependendo a obtenção da fonte de prova de lei que indique as hipóteses em que a restrição será possível e os limites em que será permitida. Somente quando o meio de investigação de prova atípico não interfira em direito individual será possível a sua utilização. (Scarance Fernandes, 2012, pp. 28-29)

A interceptação das comunicações telefônicas é um meio de investigação de prova atípico, vez que carece de uma regulamentação metodológica de obtenção, que interfere diretamente no direito individual à inviolabilidade das comunicações, à privacidade e à intimidade.

Essa omissão legislativa pode implicar na adoção de uma alternativa epistemológica autoritária pela aplicação de um subjetivismo inquisitivo (Ferrajoli, 2013, pp. 46-47), a menos que se definam mecanismos de estabelecimento prévio das “regras do jogo”, às quais todos os atores do sistema penal, inclusive o juiz, devam se submeter.

Segundo Geraldo Prado, na ausência de regulação legal, cabe ao juiz fazê-lo (Prado, 2014, p. 78). Essa foi a técnica utilizada pelo legislador pátrio no que concerne ao procedimento para execução da diligência. Basta ver que a Lei no 9.296/96, que regulamentou o art. 5º, XII, da CRFB/88 para tratar dos casos de autorização da interceptação telefônica e telemática como meio de obtenção de prova no processo penal brasileiro, dispôs no art. 50 que cabe ao juiz, na decisão que defere ou determina a medida, definir “a forma de execução da diligência”.

De se observar que é a autoridade policial quem deve conduzir os procedimentos de interceptação, cientificando o Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização, segundo o art. 60 da referida lei.

Assim, inobstante não se possa deixar de relembrar o atropelo dos princípios do contraditório e da imparcialidade da jurisdição, estão definidas as posições (porém não totalmente as tarefas de cada um) dos atores tradicionais do sistema penal, com o devido alijamento da defesa.

A novidade é que a Lei no 9.296/96 traz à cena dois novos atores para este subsistema probatório: (1) as concessionárias

de serviço público de telefonia e provedores de acesso e (2) o sistema de tecnologia da informação (TI) que trata os dados colhidos dos monitoramentos das comunicações (e seus operadores privados). Isso ocorre, respectivamente, no artigo 70 e no parágrafo 10 do art. 60, ambos da Lei no 9.296/96.

O art. 70 afirma que a autoridade policial (não a autoridade judicial, nem o Ministério Público) poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

O parágrafo 10 do art. 60 apenas afirma que “no caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada sua transcrição”. Muito embora este dispositivo nada fale sobre sistemas de TI, quando faz menção à possibilidade de gravação, torna esse procedimento obrigatório sempre que tiver sido possível. Acontece que em 1996, quando a lei entrou em vigor, poderia não ser possível em todos os casos, mas hoje, com o avanço tecnológico, isso é sempre possível e entra em cena o sistema de TI utilizado para realizar a tarefa como parte da engrenagem probatória no processo penal.

Todavia, essas poucas menções legais às concessionárias de serviço público de telefonia e ao sistema de tecnologia da informação que trata os dados colhidos dos monitoramentos das comunicações não são suficientes para descrever com precisão o papel que devam desempenhar. Falta regulamentar de maneira uniforme os procedimentos de execução dessas medidas invasivas, incluindo a atividade de cada um dos atores do sistema penal e dos novos atores desse subsistema probatório.

3.2. IDENTIFICAÇÃO DOS SISTEMAS DE RECEPÇÃO E ARMAZENAMENTO DE DADOS

Pelo que se tem notícia, há, no Brasil, basicamente três sistemas de TI utilizados para recepção e armazenamento dos dados objetos de monitoramento: o Sistema Guardião, de-

envolvido e comercializado pela empresa Dígito Tecnologia Ltda., o Sistema Sombra, desenvolvido e comercializado pela empresa Federal Tecnologia de Software Ltda.-EPP, e o Sistema Wytron, desenvolvido e comercializado pela empresa Wytron Technology Corp. Ltda.

Dados colhidos do Processo no 0.00.000.001328/2012-95, que tramitou junto ao Conselho Nacional do Ministério Público e se tratava de um Pedido de Providência formulado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, consistente no requerimento de auditoria e inspeção nos sistemas de escuta e monitoramento de interceptações telefônicas utilizados pelas unidades do Ministério Público brasileiro², mostram que, a partir das consultas feitas às 30 unidades do Ministério Público brasileiro, 8 (oito) adquiriram o Sistema Guardião (o Ministério Público Federal e o Ministério Público dos estados de Goiás, Mato Grosso, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, São Paulo, Santa Catarina e o Distrito Federal); 6 (seis) adquiriram o Sistema Wytron (o Ministério Público dos estados de Alagoas, Amapá, Ceará, Maranhão, Pará e Rondônia); 3 (três) adquiriram o Sistema Sombra (o Ministério Público dos estados da Bahia, Mato Grosso do Sul e Paraíba); 4 (quatro) utilizam o Sistema Guardião disponibilizado ou cedido por órgãos do Poder Executivo (o Ministério Público dos estados do Espírito Santo, Minas Gerais, Amazonas e Tocantins); 9 (nove) não possuem ou não têm acesso a qualquer um desses sistemas (o Ministério Público Militar, o Ministério Público do Trabalho e o Ministério Público dos estados de Sergipe, Pernambuco, Acre, Paraná, Piauí, Roraima e Rio de Janeiro).

Portanto, das 30 (trinta) unidades do Ministério Público, 21 (vinte e uma) adquiriram ou utilizam sistemas de TI que se destinam a receber e armazenar dados obtidos de interceptações telefônicas ou de dados. Destas 21 (vinte e uma) unidades que operam sistemas de monitoramento de comu-

nicações, 12 (doze) “não dispõem de ato normativo versando sobre procedimentos e rotinas adotadas”³ e 18 (dezoito) recorrem a policiais civis e/ou militares na operação.

No que se refere à aquisição desses sistemas pelos Departamentos de Polícia Federal dos Estados não há dados tão precisos quanto esses constantes do processo que tramitou no Conselho Nacional do Ministério Público, mas dados do Portal da Transparência do governo federal demonstram que as empresas Dígitro Tecnologia Ltda., Federal Tecnologia de Software Ltda.-EPP e Wytron Technology Corp. Ltda. comercializaram com o Departamento de Polícia Federal, sendo, ademais, amplamente divulgada a contratação do Sistema Guardiã pelas Superintendências da Polícia Federal de Santa Catarina, Paraná, São Paulo e Rio de Janeiro.

3.3. A OPERAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO

Quanto à operação desses sistemas, a Dígitro e a Federal afirmam que seus sistemas, Guardiã e Sombra, respectivamente, não permitem a interceptação telefônica sem a participação das operadoras de telefonia, portanto só realizam monitoramento passivo. Assim, são as operadoras de telefonia que encaminham as informações interceptadas ao sistema de monitoramento.

Na prática, as operadoras “abrem um *link*” de tal forma que a chamada telefônica ou o fluxo de dados seja desviado para um outro canal de recepção diverso do destinatário e o direciona para o sistema de TI utilizado para recepção e armazenamento dos dados objetos de monitoramento (Guardiã, Sombra ou Wytron, por exemplo).

Assim, se o interlocutor A (não interceptado) liga para o interlocutor B (interceptado), esta ligação irá se completar, mas o fluxo se duplicará em dois *links*, um para o interlocutor, outro para o sistema de TI responsável pelo monitoramento.

Aqui está um primeiro, porém muito grave problema. É que diversamente do que dispõe a legislação, quem verdadeiramente conduz a interceptação não é a autoridade policial, como determina o art. 6º da Lei nº 9.296/96, mas a operadora de telefonia. São precisamente as concessionárias de serviço público de telefonia ou os provedores de acesso (no caso de desvio de dados, como e-mail e VOIP) que controlam quem será objeto de interceptação e qual a duração, pois, uma vez que os sistemas de monitoramento são passivos, é a operadora que abre e fecha o *link* e, portanto, determina o tempo de interceptação.

Diante das informações prestadas pelas empresas desenvolvedoras dos sistemas de TI responsáveis pelo monitoramento das comunicações, as operadoras de telefonia e os provedores de acesso desempenham, na prática, um papel proeminente na execução das medidas cautelares de interceptação. No entanto, o sistema legal ignora esse novo ator desse subsistema probatório, não dispensando sequer uma única regulamentação para sua atuação, muito menos discutindo a adequação ou inadequação da sua posição protagonista na coleta de informações dentro da investigação penal.

Ademais, as operadoras de telefonia também não fazem o desvio da chamada para o canal de recepção do sistema de TI dedicado ao monitoramento das comunicações sem o auxílio de uma ferramenta. Há um sistema chamado Vigia, desenvolvido pela empresa Suntech, que gerencia “todo o processo de interceptação legal e retenção de dados para qualquer serviço ou subsistema de comunicação de qualquer tecnologia ou vendedor”. De acordo com o desenvolvedor, “com o Vigia é possível interceptar a comunicação em praticamente todos os tipos de rede e reter dados de comunicação sem notificar os assinantes ou prejudicar o serviço”.⁴

Desta forma, o Sistema Vigia e os sistemas de TI dedicados ao monitoramento e armazenamento das comunicações

(Guardião, Sombra ou Wytron) não se sobrepõem, ao contrário, são complementares. Na verdade, o Sistema Vigia é o sistema ativo, ele é quem de fato realiza a interceptação e o desvio da chamada para o sistema passivo que recebe e armazena os dados.

Importa ressaltar que os sistemas passivos de TI que recebem, monitoram e armazenam os dados interceptados são adquiridos e operados pelas autoridades públicas responsáveis pela investigação (Ministério Público, Polícia Federal, secretarias de segurança dos estados, etc.), ao passo que o Sistema Vigia tem como clientes exatamente as operadoras de telefonia (Claro, Oi, Vivo, Tim, Nextel, Embratel, GVT, Movistar), o que aliás é divulgado em seu sítio eletrônico na internet.⁵ Isso apenas corrobora o fato de que operadoras de telefonia e provedores de acesso são atores do sistema penal e precisam ser assim compreendidos para que suas ações sejam excluídas ou regulamentadas.

É ainda imprescindível que se compreenda quais as possibilidades de que os operadores das empresas desenvolvedoras desses sistemas (aqui leia-se todos eles, Vigia, Guardião, Sombra, Wytron, ou qualquer outro com a mesma funcionalidade), que prestam serviços de suporte técnico, tenham acesso aos mecanismos de funcionamento e aos dados armazenados. Isso porque qualquer um que possa ter acesso, inclusive remoto, ao sistema para solucionar eventual problema técnico precisa ser devidamente conhecido para configuração da cadeia de custódia.

3.4. FUNCIONAMENTO E ALGUMAS FUNCIONALIDADES DOS SISTEMAS DE RECEPÇÃO E ARMAZENAMENTO DE DADOS

A pesquisa se baseou no acesso ao Manual de Configuração e Operação do Sistema Guardião (Versão Release 1.6.8 e Ver-

são do Aplicativo 3.2.8.78 – julho de 2013) da empresa Dígito Tecnologia Ltda, obtido diretamente junto à empresa em formato impresso.

Importa dizer que este trabalho não pretende fazer qualquer apanhado sobre o funcionamento do sistema informático, mas apenas traçar em linhas gerais algumas funcionalidades que interessam para garantia do direito fundamental à prova e ao contraditório, bem assim estabelecer bases importantes para compreensão da cadeia de custódia da interceptação telefônica.

Assim, as chamadas direcionadas pela operadora de telefonia ou os dados desviados ingressam na plataforma que realiza a gravação em um determinado suporte (HD) e as informações referentes àquela chamada são armazenados em um banco de dados relacional, que podem ser acessados e manipulados. Em outras palavras, o *Hard Disk* (HD) em que ficam armazenados os áudios é diverso daquele em que estão armazenados os dados (metadados), mas são relacionados de tal forma que para cada áudio há os correspondentes dados dos metadados que, quando acionados remetem por *hiperlink* diretamente ao áudio vinculado.

Isso implica em que, malgrado se afirme que não é possível fazer exclusão de um áudio do sistema, qualquer alteração de dados na base gera um apagamento lógico, ou seja, não havendo mais relação entre dados e áudio o acionamento do *hyperlink* não será direcionado ao áudio e, portanto, o áudio fisicamente existe, mas não é encontrado.

Ademais, o módulo de *backup* do sistema permite alguns tipos de *backup* (manual ou por agendamento), mas se não for gerado é possível que haja sobrescrição, ou seja, a gravação por cima, o que implica também na possibilidade de perda definitiva de áudios. Isso fica muito claro quando, no início do Manual, a Dígito informa que não se responsabiliza por

perdas de informações, devido a não observação, por parte do cliente, de procedimentos de *backup*, orientando para que regularmente armazene os dados também em mídia eletrônica (CD, DVD, etc.), de forma a possuir contingência externa.

É possível inserir no sistema durante a operação alguns dados cadastrais, como os alvos do monitoramento, os telefones monitorados, os alvarás judiciais que autorizam a interceptação com a data da expedição, o período e a data de validade.

Todavia, esse cadastro, como já dito antes, não torna o sistema ativo, porquanto ele não irá captar as chamadas de determinados alvos e telefones, que continuam a depender do desvio a ser realizado pela operadora de telefonia.

O problema é que o cadastro de alvará judicial não permite ao sistema bloquear a gravação das chamadas após o término do período de validade da autorização judicial, de tal sorte que esta gestão do período de interceptação fica a cargo exclusivo das operadoras de telefonia.

Há no sistema a possibilidade de ter acesso aos *logs* de eventos que, segundo o manual, se selecionada essa opção, será apresentada uma janela com informações estratégicas da execução do programa, recolhidas durante a utilização do Guardião, que são utilizadas para que se possa fazer a telemanutenção do sistema.

Essa funcionalidade, embora não tenha finalidade de controle da utilização do sistema para rastreamento dos agentes que manusearam ou manipularam a prova, deveria ser utilizada para tal. Alie-se essa ferramenta aos logs de gravação, que fornecem o histórico de gravações e revelam qualquer problema no processo de conversão das gravações, bem como ao histórico de *backup*, teremos um rastreamento pelo próprio sistema.

Há dois problemas: o primeiro é que esse rastreamento só forneceria informações até o *backup* e o segundo é que não há

sequer notícia de uma única autorização judicial conhecida que dê à defesa (ou seus eventuais assistentes técnicos) acesso ao sistema de logs do sistema de TI.

Com efeito, rastrear apenas até o *backup* é insuficiente quando nos deparamos com perda de áudios nas medidas cautelares de interceptações telefônicas e nos obriga a voltar à questão da cadeia de custódia. Em outras palavras, ainda que o sistema de TI responsável pela recepção e armazenamento das ligações telefônicas ou dados interceptados permita rastrear as etapas da operação até a geração do *backup* para assegurar a integridade do procedimento probatório, é imprescindível que, após a geração, seja criada uma rotina por lei ou fixada na decisão que defere a interceptação para permitir à defesa do acusado rastrear as fontes de prova e exercer o seu direito ao contraditório e à defesa. A não observância da rotina implica na quebra da cadeia de custódia e, por conseguinte, na perda da prova.

Ainda que a exata rotina de custódia da fonte de prova fosse definida, seria imprescindível que o acesso ao sistema de TI responsável pela recepção e armazenamento das ligações telefônicas ou dados interceptados fosse garantido à defesa. No entanto, ao argumento de que não se pode dar acesso à defesa por colocar em risco o sistema e o sigilo de outras operações em andamento (numa presunção de má-fé da defesa e seus eventuais assistentes técnicos), nega-se tal direito sem sequer conceber a criação de mecanismos que possam garantir esse acesso sem prejuízo dos demais interesses envolvidos.

CONCLUSÃO

Ao fim, verifica-se possível responder aos problemas iniciais de pesquisa, quais sejam: como garantir que as gravações de conversas são seguras e confiáveis, que não foram alteradas até chegar aos autos? Secundariamente: quais as consequen-

ências processuais penais de não existir um mecanismo que garanta a integridade do elemento de prova?

Parece muito claro que não há outra forma de garantir a segurança e confiabilidade das conversas gravadas senão pela cadeia de custódia da prova. É esse o mecanismo que garante a “mesmidade”, ou seja, que aquela conversa gravada é exatamente a mesma do início ao fim, desde a gravação até seu ingresso nos autos do processo.

A regulamentação da cadeia de custódia no Código de Processo Penal introduzida pela Lei nº 13.964/2019 foi insuficiente, na medida em que se dirigiu apenas aos vestígios usados na prova pericial.

Todavia, a falta de regulamentação não afasta a necessidade de garantir a cadeia de custódia da prova nas cautelares probatórias, conhecidas como meios de obtenção de prova, e sua quebra deve implicar na consequência da inadmissibilidade. Trata-se de prova ilícita, que não garante a integridade, integralidade e “mesmidade” e, portanto, sua quebra implica na impossibilidade de ser admitida ou, se já constante dos autos, na sua exclusão física.

Como se verificou, é preciso adotar um procedimento detalhadamente registrado, fixados os elos entre as fases e as pessoas envolvidas em cada uma delas que servem para garantir a “mesmidade” do vestígio levado à condição de elemento de prova, a rastreabilidade e a confiabilidade, permitindo o exercício da defesa e do contraditório, inclusive a realização de eventual contraprova.

A única possibilidade no âmbito da interceptação telefônica é o acesso ao sistema de logs do sistema de TI. Todavia, importa reconhecer que essa é uma providência que só garante a cadeia de custódia até o *backup*. A partir daí, é preciso que exista um órgão responsável pela guarda e armazenamento das gravações, que seja obrigado a manter a identificação das

pessoas que tiveram acesso aos elementos, bem como registro de acesso com data e hora.

Assim, a não existência desse mecanismo conhecido como cadeia de custódia ou a quebra (também conhecido como ruptura) inviabiliza garantir o exercício dos direitos de defesa e do contraditório, de tal forma que o devido processo legal se mostra vulnerado em essência.

A consequência é a ilicitude da interceptação telefônica, tanto direta, devendo ser desentranhada para evitar a valoração pelo juiz dos elementos obtidos sem confiabilidade. ➡

NOTAS

1. <https://bit.ly/2XJKIDg>
2. Disponível em <https://bit.ly/2XHGoVd>.
3. Decisão proferida no Processo 0.00.000.001328/2012-95, que tramitou junto ao Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em <https://bit.ly/2TKUtQH>.
4. Disponível em <https://bit.ly/3dl1xel>. Essa página hoje está desativada, mas a informação a respeito do sistema pode ser obtida na página da Câmara dos Deputados, disponível em <https://bit.ly/2AilHqT>.
5. Disponível em <https://bit.ly/3gz4JoW>. Veja comentário na nota anterior.

REFERÊNCIAS

- Azevedo, Y. (2017). A importância da cadeia de custódia das provas para o devido processo legal. In Prado, G.; & Malan, D. (orgs.). *Ensaio sobre a cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro*, p. 106. Empório do Direito.
- Badaró, G. (2018). A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In Sidi, R.; & Lopes, A. B. *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. D'Plácido.
- Brasil. (2014). *Portaria nº 89, de 28 de julho de 2014*. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. <https://bit.ly/2AinBl3>.
- Brasil. (2012). *Diagnóstico da perícia criminal no Brasil*. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. <https://bit.ly/36NpjNN>.

Brasil. (2018). Súmula vinculante 14. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Supremo Tribunal Federal. In Supremo Tribunal Federal. *Aplicação das Súmulas no STF*. <https://bit.ly/3di8DR8>.

Carvalho, J. L. (2016). Cadeia de custódia e sua relevância na persecução penal. *Brazilian journal of forensic sciences, medical law and bioethics*, v. 5 (4), pp. 371-382. <https://bit.ly/2AmqokS>.

Chasin, A. A. da M. (2001). Parâmetros de confiança analítica e irrefutabilidade do laudo pericial em toxicologia forense. *Revista Brasileira de Toxicologia*, v. 14(1), pp. 40-46.

Dallagnol, D. M.; & Câmara, J. A. S. R. (2016). A cadeia de custódia da prova. In Salgado, D. de R.; & Queiroz, R. P. de (orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade* (2. ed.). Juspodium.

Dias Filho, C. R. (2002). Cadeia de custódia: do local do crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. In Moura, M. T. R. de A.; & Nucci, G. de S. (orgs.). *Doutrinas essenciais: processo penal*, 3. Revista dos Tribunais.

Edinger, C. (maio/jun. 2016). Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. *Revista brasileira de ciências criminais*, 120, pp. 237-257.

Espindula, A. (2009). *Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia* (3. ed.), p. 165. Millenium.

Ferrajoli, L. (2014). *Direito e razão: teoria do garantismo penal* (4a ed.). Zomer Sica, A. P.; Hassan Choukr, F; Tavares, J.; & Gomes, L. F. (tradutores). Revista dos Tribunais.

Gomes Filho, A. M. (2005). Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In Yarshell, F. L.; & Zanoide de Moraes, M. (orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. DPJ.

Lopes, M.; Gabriel, M. M.; & Bareta, G. M. S. (jun. 2006). Cadeia de custódia: uma abordagem preliminar. *Visão Acadêmica*, 7 (1). <https://bit.ly/2yIMzZS>.

Lopes Júnior, A. (2017). *Direito processual penal* (14. ed.). Saraiva.

Machado, V. P.; & Jezler Junior, I. (nov. 2016). A prova eletrônica-digital e a cadeia de custódia das provas: uma (re)leitura da Súmula Vinculante 14. *Boletim IBCCRIM*, 24(288), pp. 8-9.

Marinho, G. V. (2011). *Cadeia de custódia da prova pericial*. [Dissertação de Mestrado, Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa, Rio de Janeiro].

Menezes, I. A.; Borri, L. A.; & Soares, R. J. (jan./abr. 2018). A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. *Revista brasileira de direito processual penal*, 4(1), pp. 277-300. <https://bit.ly/2AheF5U>.

Moraes, A. L. Z. de. (jun. 2017). Prova penal: da semiótica à importância da cadeia de custódia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 132, pp. 117-138.

Osterburg, J. W.; & Ward, R. H. (1992). *Criminal investigation: a method for reconstructing the past*. Anderson Publish.

Prado, G. (set. 2004). Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”. *Boletim IBCCRIM*, 22(262), pp. 16-17.

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

Santoro, A. E. R.; Tavares, N. L. F.; & Gomes, J. C. (mai./ago. 2017). O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 3(2), pp. 605-632. <https://bit.ly/2TSnOIV>.

Santoro, A. E. R.; Tavares, N. L. F. (nov. 2019). Diagnóstico sobre o uso da interceptação telefônica no Brasil: uma análise quantitativa e comparativa dos dados até 2018. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 161(27), pp. 101-130.

Scarance Fernandes, A. (2012). Tipicidade e sucedâneos de prova. In Scarance Fernandes, A.; Gavião de Almeida, J. R.; & Zanoide de Moraes, M. (coords.). *Provas no Processo Penal: estudo comparado*. Revista dos Tribunais.

Tonini, P. (2002). A prova no processo penal italiano. Martins, A. & Mróz, D (tradutoras). Revista dos Tribunais.

United Nations Office on Drugs and Crime. (2010). *Conscientização sobre o local de crime e as evidências materiais em especial para pessoal não-forense*. Nações Unidas. <https://bit.ly/3cgklF5>.