



## Controle da custódia da prova exige releitura da SV 14

\* Artigo publicado no Boletim do IBCCrim em novembro/2016.

A prova constitui a pedra angular do processo penal como instrumento recognitivo do fato histórico e persuasivo à decisão judicial, revelando como vetor essencial à validade, a manutenção de sua integralidade (e, portanto, originalidade) durante todo desenvolvimento do processo e da investigação preliminar.

Se o processo penal é o sismógrafo da Constituição do Estado([1]), ainda que se afaste a natureza processual da etapa inquisitorial, deve-se exigir uma persecução regida por critérios empíricos de legalidade, com a projeção de atos orientados à máxima eficácia dos direitos constitucionais; daí surge a cadeia de custódia como *standard* de validade indisponível da decisão judicial, que pretende assegurar o caráter racional do provimento.

Em uma síntese entre o Direito Penal e procedimental, já advertiu Colomer([2]) que, tendo como vetor de desenvolvimento a Constituição, a união básica deve ocorrer por meio dos princípios. Se isso é assim e as provas atuam na *fixação* de fatos no processo, dando legitimação à decisão judicial concomitantemente à imposição de limitações aos objetos e meios de prova([3]), a higidez da cadeia de custódia impõe que o injusto não seja “constituído” mas “regulado” pela decisão, mantendo-a com seu caráter “recognitivo” das normas e “cognitivo” dos fatos e não “constitutivo” de realidade parcialmente explicitada.

Significa a necessidade de manutenção do “todo”, ou seja, um *standard* de confiabilidade e originalidade da prova, que permitirá, por intermédio de procedimentos, a verificação e refutação do fato histórico original e sua comprovação empírica, embargando qualquer filtro no material. O modelo constitucional exige, portanto, a manutenção da cadeia de custódia das provas com a preservação (integralidade e originalidade) de suas fontes, pois representará a publicidade endógena aos atos estatais, a efetivação do contraditório no momento da informação, além da própria tutela qualitativa da decisão judicial.

Na contemporaneidade em que a tecnologia informática permeia a vida cotidiana, não raras vezes a prova eletrônico-digital aparece como dado fundamental para a resolução do caso penal, que, longe de reduzir a complexidade das coisas, redundando no vertiginoso aumento. Essa prova dotada de efemeridade, precariedade, não durabilidade, volatilidade, instabilidade, imaterialidade, complexidade e pulverização (dispersão) torna-se ponto de delicado cuidado, razão pela qual afigura-se fulcral a proibição de alteração da prova no ato de recolhimento, armazenamento e tratamento, estabelecendo o princípio da documentação de todas as etapas, viabilizando a cadeia de controle ou custódia da prova eletrônico-digital.([4]) Daí porque a preservação das fontes de prova se revela um dado fundamental, sobretudo naquelas cuja obtenção e produção ocorrem fora do processo, através de meios ocultos de investigação. Isso por um lado.

Por outro temos a realização de grandes operações policiais no Brasil, como a operação “lava jato”, que conta com mais de 35([5]) fases deflagradas, em que há volumosos expedientes para obtenção de prova,([6]) tal como o impressionante número de 1.397 procedimentos instaurados. O que nos remete a um velho problema, sobre o acesso aos autos da investigação preliminar e, sobretudo, da “*prova já documentada*”



”.

Não eram raras as vezes que se impusera embargo ao acesso dos elementos de prova documentados em inquérito policial; por ser um dado reiterado e sintomático no sistema, incompatível com a Constituição Federal, o STF elaborou o Enunciado Vinculante 14, para quem *“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”*.

Em que pese o enunciado seja um entendimento dotado no tempo, de acordo com determinado momento histórico, visualizamos hoje uma “nova” problemática que remete às velhas práticas policiais de embargo ao acesso do inquérito, em duas dimensões: volumosas operações realizadas através de processo eletrônico. Essa nova realidade exige uma releitura dos mecanismos de controle do atuar estatal. Daí compreender a Súmula Vinculante 14 como um vetor de controle da cadeia de custódia da prova.

Sobre a adequação, importante referir a compreensão da eminente ministra Ellen Gracie, quando debatida a proposta (n. 1-6/DF, Tribunal Pleno, 02.02.2009)([\[7\]](#)) da Súmula Vinculante 14, em que pontuava a tradição do Supremo Tribunal Federal compreender ser essencial que o *“Advogado – isto é um entendimento antigo – tem realmente direito ao acesso aos autos e conhecimento integral daquilo que é imputado contra o investigado”* (grifou-se, p. 12).

Nesse mesmo debate preliminar, de forma lúcida, e esse é um dado elementar, o ministro Celso de Mello, quando demonstrava a essencialidade do acesso à integralidade dos documentos, exaltava que a mencionada súmula permitiria, para além do que se suscitava, a efetivação de destacado postulado constitucional, o Princípio da Comunhão da Prova, cuja – e essas são palavras dele – *“eficácia projeta-se e incide sobre todos os dados informativos, que, concernentes à ‘informatio delicti’, compõem o acervo probatório coligido – e formalmente incorporado aos autos – pelas autoridades e agentes estatais”* (grifos originais) – p. 50, proposta (n. 1-6/DF, Tribunal Pleno, 02/02/09([\[8\]](#))) da Súmula Vinculante 14.

Isso significa dizer que a prova penal, na lúcida observação do eminente decano, uma vez coligida aos autos não pertence ao Ministério Público, à PF ou à defesa, mas constitui *“acervo plenamente acessível a todos quantos sofram, em referido procedimento sigiloso, atos de persecução penal por parte do Estado”*, sendo *“por tal razão que se impõe assegurar, aos investigados e aos réus em geral, o acesso a toda informação já produzida e formalmente incorporada aos autos da persecução penal”* (grifos originais) – p. 51 e 53, (n. 1-6/DF, Tribunal Pleno, 02/02/09([\[9\]](#))).

Não é preciso ir além para compreender que 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. Daí por que na própria razão de ser do enunciado já se denotava a imprescindibilidade de acesso às fontes de prova.

A origem ontogenética da súmula vinculante mencionada tem abrigo na impossibilidade de o imputado conhecer direta ou indiretamente as diligências em andamento, aquelas que por sua própria natureza exigem o sigilo, em uma interpretação do art. 20 do Código de Processo Penal. Sob essa perspectiva, se



---

a diligência já fora consumada e documentada, ainda que não integre formalmente o caderno inquisitorial ou processual, faz parte do perímetro material do “jogo”, o que veda qualquer descarte sem o crivo do outro jogador.

As impurezas da sistemática processual não residem apenas na lei ou jurisprudência; mesmo em uma perspectiva ortodoxa, por vezes, poderia se compreender que a prova penal seria aquele elemento já residente nos autos, por atuação de ofício do juiz ou das partes. É o pomposo adágio, “o que não está nos autos não está no mundo”.

Essa hermenêutica probatória tem abrigo na impossibilidade dos autores processuais encontrarem o ouro da realidade plena no tesouro oculto da imputação, especificamente na concepção neoiluminista de que a verdade absoluta é inalcançável. Mas, se o que temos na dinâmica procedimental é apenas um recorte da realidade fática, pois o fato histórico não pode ser reproduzido integralmente nos autos, torna-se possível e crível que existam outras fontes de prova “extramundo”, e que sejam potencialmente importantes para as partes e julgador.

A atividade probatória não se resume à juntada de elementos ao feito, mas é detentora de etapas a serem cumpridas, onde cada passo deve ser passível de cognição das partes, para que o equilíbrio processual não seja objeto de erosão; aqui que se exalta a necessidade de preservação do “todo” e não de parca realidade a serviço de uma parte.

A partir da produção probatória surge para as partes o direito de conhecer as fontes, e exercer um juízo de discricionariedade quanto à pertinência fático-jurídica para a captura psíquica do julgador.

Na operação negócio da China se construiu um importante precedente do STJ,([10]) acerca de uma necessária renovação semântica do enunciado vinculante 14 e a constatação de que a mera proposição do meio de investigação e sua conseqüente materialização encarcerará a prova, de maneira que seu envelopamento, danificação ou extirpação parcial da persecução penal, sem oitiva das partes e decisão judicial, provoca a ilicitude de todo o conteúdo atrelado pelo nexos causal (STJ, *Habeas Corpus* 160.662/RJ, 6ª Turma, julgado em 18.02.2014, *DJe* 17.03.2014).

O móvel da concessão da ordem, na esteira do parecer de Prado,([11]) foi o desaparecimento de correspondências eletrônicas (e-mails) e exclusão de áudios da interceptação telefônica, que os advogados do indiciado não tiveram acesso antes da apresentação de resposta à acusação; em suma, perdeu-se a originalidade da prova sendo considerada inadmissível.

Portanto, quando um ato de investigação é levado a cabo, necessário, para admissibilidade no processo, a preservação da originalidade da evidência, justamente por surgir ao arguido o direito de conhecer o fato histórico na sua integralidade; do contrário, ter-se-ia a perda da cadeia de custódia da prova, com a conseqüente inadmissibilidade no processo.

Ademais, como denunciado *ab initio*, 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.

Que seja feita, pois, uma (re)leitura da Súmula Vinculante 14, permitindo o acesso às fontes de prova existentes, refinando a decisão judicial por meio da compreensão e controle da cadeia de custódia da prova, projetando a discussão no âmbito da reclamação, em que, caso se verifique (por meio de prova pré-constituída) a perda da originalidade do material, seja decretada a inadmissibilidade no processo.

- (1) Roxin, Claus. *Derecho procesal penal*. 1. ed. 2. reimp. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 2000. p. 10.
- (2) Colomer, I. Gómez. *Temas dogmáticos y probatórios de relevância em el processo penal del siglo XXI*. Santa Fé: Rubinzal, Culzoni, 2010. p. 83.
- (3) Gomes Filho, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 92.
- (4) Rodrigues, Benjamin Silva. *Da prova penal*. t. IV. *Da prova – electrónico-digital e da criminalidade informático-digital*. Portugal: Rei dos Livros, 2011. p. 41-46.
- (5) Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 16 maio 2016.
- (6) Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros-1>>. Acesso em: 16 maio 2016.
- (7) Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583755>>. Acesso em: 16 maio 2016.
- (8) Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583755>>. Acesso em: 16 maio 2016.
- (9) Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583755>>. Acesso em: 16 maio 2016.
- (10) Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=160662&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>> Acesso em: 16 maio 2016.
- ([11]) Prado, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 12.

## Date Created

20/11/2016