

## Vieira e Rosa: Veto ao uso das agências de inteligência (parte 1)

### 1. Introdução

A contribuição do ministro Celso de Mello na efetivação do devido processo legal substancial no Brasil mostra-se fundamental, valendo destacar o HC nº 94.016, em que se delineou a incidência de garantias aos acusados. É a partir daí que se analisa a questão das agências de inteligência. No âmbito da União e dos estados federados, a atuação de órgãos de inteligência na condução da investigação criminal, usurpando as atribuições da polícia judiciária, é realidade inquietante, tendo em vista que ao mesmo tempo que cada vez mais é necessário o manejo preventivo de fontes de dados, diante da exigência de cadeia de custódia de toda a investigação (CPP, artigo 158-A), não se pode subtrair o trajeto de obtenção de prova, desde antes da instauração formal, sob pena de imunização do controle de legalidade e vedação, por exemplo, de *fisihng expedition* [1].



Spacca" data-GUID="luis\_guilherme\_vieira.jpeg">

Luís Guilherme Vieira

Além de partir de uma orientação deturpada do estabelecido na Constituição da República e no Código de Processo Penal, ao consentir com a investigação de crimes promovida por aqueles que deveriam atuar em situações referentes a assuntos de segurança de ações governamentais, confere-se licitude/legitimidade à prova produzida por quem não detém competência/atribuição para tanto. Em verdade, autoriza-se a investigação às escuras sem controle de legalidade, como se o trajeto não fosse tão importante quanto o resultado [2], dado o regime democrático de obtenção de meios de prova.

A atividade de inteligência sempre existiu (nos *anos de chumbo*, ela prestou um desserviço ao Brasil). Todavia, a relevância da experiência vivenciada no dia a dia relaciona-se a dois fatores: a institucionalização das medidas secretas promovidas, com a sua legitimação material e formal-procedimental, chanceladas pelo Judiciário, bem como a manifestação dessas práticas [3].

O propósito de uma investigação preliminar é justamente evitar acusações temerárias, assim como o processo penal tem como fundamento a instrumentalidade constitucional. Ao se facultar que órgãos de inteligência também investiguem, sendo esse o lastro mínimo à propositura de ações penais, autoriza-se a produção de indícios/provas irrepetíveis por aqueles cuja atividade exige essencialmente o emprego de meios sigilosos, como forma de preservar sua ação, seus métodos, seus profissionais e suas fontes. Isso

se dá visto que sua atuação se destina ao planejamento, pelo chefe do Poder Executivo, e à execução de políticas públicas relacionadas à segurança. Enquanto a atividade se vincula ao estabelecimento de políticas criminais de gestão pública, os dados obtidos em face de indivíduos podem ser utilizados de modo anonimizado, mas quando transpassam o horizonte para o fim de atribuir responsabilidade penal, a mera alegação de “encontro fortuito” redundaria na mais ampla devassa, com os riscos de *lawfare* [4] e de *fishing expedition*.

Spacca



Alexandre Morais da Rosa

## 2. Súmula Vinculante nº 14 do STF e Cadeia de Custódia: perspectivas e efeitos

Nada obstante possa ser conferido ao inquérito policial caráter sigiloso, quando assim necessário à eficácia da investigação, com a ressalva do verbete da Súmula Vinculante nº 14, do Supremo Tribunal Federal, certo é que seu procedimento não pode ser subtraído ao indiciado e ao seu defensor. Por outro lado, desde antes acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça, deve-se efetivar a garantia da cadeia de custódia (CPP, artigo 158-A). O processo penal, afinal, tem de se pautar pelo respeito à dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais [5].

Associa-se à garantia dos investigados/acusados a noção de cadeia de custódia. Isso porque será necessário demonstrar como o elemento probatório/vestígio (CPP, artigo 158-A, §3º: *Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal*), apresentado é o mesmo apreendido por oportunidade da investigação. Logo, além de toda a discussão sobre prevalência da Súmula Vinculante nº 14, a relevância da cadeia de custódia se robustece com a Lei nº 13.964/2019, cuja previsão do artigo 158-A esclarece: "*Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte*". A Lei nº 13.964/2019 regulamentou a efetivação da lógica e requisitos à validade das evidências produzidas, com avanços significativos, dado que o velho modelo de se juntar todos os vestígios da cena do crime ou de levantamentos às escuras, sem qualquer controle de localização ou mesmo de quem coletou, será mácula a regular materialidade. Em resumo, a validade jurídica dos vestígios capazes de configurar terem eficácia probatória ficam condicionados à fiel observância dos artigos 158, A, B, C, D, E e F, do CPP. Mesmo antes da lei, o trabalho de Geraldo Prado e o julgamento, pelo STJ, do HC nº 160.662, eram considerados como o momento de virada em que já se exigia observância à cadeia de custódia. Até porque quando se fala de provas digitais existe todo um regramento específico de integridade e validade.

O percurso é importante para a demonstração do nexa, integridade e credibilidade entre o meio de prova obtido e os resultados buscados. E a cadeia de custódia começa no local da conduta apurada (CPP, Artigo 158-A, §1º), a ser levantado pela autoridade policial e/ou perito, mantido o isolamento e a preservação da cena, sob pena de crime (CPP, artigo 158-C, §2º, na forma do artigo 347 do CP ou artigo 23 da Lei de Abuso de Autoridade). A não preservação da cena do crime deverá constar expressamente nos termos, uma vez verificada pela autoridade policial e/ou perito porque prejudica a devida diligência estatal na apuração dos fatos. Em relação às provas digitais e obtidas em face de políticas de inteligência, a não observância da cadeia de custódia ceifa qualquer possibilidade de defesa (CPP, artigo 158-B – *rastreamento; reconhecimento; isolamento; fixação; coleta; acondicionamento; transporte; recebimento; processamento; armazenamento e o descarte*).

O trajeto percorrido [6] entre a obtenção do elemento probatório, especificando as condições, a higidez e completude do material que será usado para fins probatórios, precisa ser levado a sério. De um lado garante a legitimidade da prova de acusação, e, por outro, efetiva a possibilidade de a defesa manifestar-se sobre o percurso [7]. A ingênua fé inabalável nos agentes estatais deve ser invertida porque se trata de comprovação de condutas criminalizadas, a partir da presunção de inocência. Evidentemente que se autoriza a descoberta de condutas potencialmente criminosas, mas o trajeto do material utilizado pela acusação precisa estar delineado a partir de sujeitos humanos que fizeram a apreensão (CPP, artigo 158-A, §2º), manuseio e análise [8]. Sem isso, impede-se a comprovação do nexa de causalidade entre o resultado pretendido e o caminho retrospectivo até o início das investigações e eventual ilegalidade.

A questão ganha contornos trágicos nos casos de utilização de métodos ocultos [9], dada a manipulação (supressão, omissão etc.) por parte do jogador acusador [10]. Nas hipóteses de interceptação telefônica, de dados, agente infiltrado, captação ambiental, imagens, filmagens, dentre outras modalidades ocultas, a manutenção de todo o material obtido, com a exclusão por parte do julgador e não do jogador unilateralmente, capaz de gerar a incidência do contraditório efetivo, é condição à validade da prova

---

[11]. A juntada parcial, deletada, omitida, de boa ou má-fé [12], traz consigo a ilicitude da prova e a contaminação das dela decorrentes (fruto da árvore envenenada). A utilização desse comportamento é prática corrente nas investigações de métodos ocultos, especialmente porque se atribui a função de capturar, manipular e apresentar, por exemplo, o resultado da interceptação telefônica e de dados ao próprio acusador. Logo, sem imparcialidade objetiva/subjetiva/cognitiva. Por isso a obtenção por órgão autônomo poderia mitigar o risco de o jogador acusador editar a prova que lhe é útil, desprezando a defensiva, situação que não se pode afastar *a priori*. O efeito de se levar a sério a cadeia de custódia é o de, talvez, impedir que as práticas investigativas em desconformidade com o devido processo legal possam se reiterar [13]. Fala-se hoje no uso de *Blockchain* para garantia da integridade da investigação. Mas o fundamental é que se deve dar acesso à defesa de toda a prova produzida, porque "*a transcrição de apenas trechos da gravação dificulta sobremaneira a defesa*" (STF, ministro Ricardo Lewandowski, AP 508).

O que for trazido à investigação à revelia das novas disposições deve ser desconsiderado, até porque quem deve comprovar a cadeia de custódia é o Estado, não o imputado. Dito de outra forma: a comprovação do rastreamento, a saber, da higidez do trajeto cronológico da coleta, análise e avaliação das evidências, evitando-se as manipulações indevidas, é carga probatória da acusação. Na contingência de o Estado acusador não comprovar a devida cadeia de custódia ou reconhecer o vício, desprezam-se os vestígios para fins penais. O policial que descumprir as regras técnicas será o responsável pela absolvição do imputado. Exceção se dará nos casos de catástrofe ou de perecimento das condições iniciais de apuração, por fatores externos, mas nunca por desaparecimento do Estado, por sua polícia técnica. A falta de insumos (p. ex., lacre), peritos, material para levantamento do local etc., devem ser interpretados em favor do imputado. Não se trata de mera irregularidade, mas de vestígio ilegítimo, obtido em desconformidade com a regra processual. Não cabe aqui interpretação defensiva, em favor da acusação, mas sempre se terá um negacionista de garantias. É verdade que erros materiais não invalidam a cadeia de custódia, mas a não observância fará com que a absolvição seja obra dos policiais relapsos, fogosos ou autoritários (de boa ou má-fé). Será preciso rever as práticas de atendimento das ocorrências, estabelecendo-se protocolos de ação. O regramento especificado em lei não se trata de novidade, razão pela qual deve ser aplicado em todas as investigações e os julgamentos pendentes, porque sempre houve necessidade de cadeia de custódia, não realizada pelas mais variadas razões. Ninguém pode ser condenado com base em prova surpresa, produzida a partir de vestígios desprovidos do histórico de obtenção, manipulação e validação, ou seja, sem rastreamento idôneo.

Enquanto documentação relativa aos elementos retóricos colhidos na investigação, os atos devem estar acessíveis e documentados à luz da Constituição da República e do Código de Processo Penal, que garantem aos acusados o direito de defesa, ainda que em sede preliminar. Essa é a essência da referenciada Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal, a qual dispõe ser direito do advogado, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por polícia judiciária [14], digam respeito ao exercício do direito de defesa, reafirmado pelo dito Pacote Anticrime e pela Lei de Abuso de Autoridade.

Por sua vez, a atividade desenvolvida por órgão de inteligência é sigilosa (informes) e, na maioria das ocasiões, não formalizada, sendo essa característica essencial à regularidade, uma vez que se refere à atuação prévia à apuração ou à ocorrência do crime. Trata-se de exercício permanente e sistêmico

---

orientado para a identificação e acompanhamento de ameaças reais ou potenciais à segurança pública do Estado. A inteligência trabalha, principalmente, com o presente e o futuro, buscando produzir conhecimentos para assessorar o processo decisório e tendo como destinatário final o chefe do Poder Executivo [15].

Sob outra perspectiva, a investigação criminal ocorre quando já praticado o delito, com a individualização da conduta e a instauração de inquérito policial destinado à reunião de indícios/provas irrepetíveis concernentes à materialidade e às circunstâncias do crime. Com efeito, ela não pode se desassociar dos fundamentos do *instrumento-maior* para o qual presta serviço. Para além, deve atender ao interesse de eficácia dos direitos fundamentais, de modo a evitar acusações e processos infundados/temerários.

A investigação preliminar deve, portanto, ser um filtro processual, assegurando à sociedade que não haverá abusos por parte do poder acusatório penal. Afinal, como garantir tal instrumentalidade em procedimentos secretos? Por essa razão, Geraldo Prado se preocupa com a situação de uma investigação criminal não controlável que pode conduzir, no limite, a exercícios retóricos de desvalorização da própria inquisição. Segundo Prado, ela na realidade tem de ocupar lugar central em hipotética decisão condenatória fundada em provas que avalizam o conjunto de elementos colhidos na investigação que eventualmente não estejam disponíveis para a defesa técnica [16].

Daí a importância de que a investigação criminal seja conduzida a partir de um procedimento formal, documentado e acessível ao investigado e ao seu advogado. O filtro processual contra as provas ilícitas ou ilegítimas depende justamente da possibilidade de rastreio das provas à sua fonte de origem (cadeia de custódia); do contrário, sucumbirá à paridade de armas e demais princípios constitucionais caros ao devido processo penal. A transparência da investigação é a marca do devido processo legal.

*(O tema apresentado foi objeto anterior do artigo denominado (Des)Inteligência Policial: Prova Ilícita e/ou Ilegítima, in Revista da Emerj, v. 21, nº 21, ano 2019 — maio/agosto, e também do livro Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos.)*

**Continuação do artigo na [parte 2](#).**

---

[1] SILVA, Viviani GHIZONI; MELO E SILVA, Philipe Benoni; MORAIS DA ROSA, Alexandre.

*Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e Apreensão*. Florianópolis: EMais, 2019; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. Florianópolis: EMais, 2020.

[2] NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. BH: D'Plácido, 2020; PRADO, Geraldo. *Prova Penal e Sistemas de Controles Epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 57.

[3] RODRIGUES, Bruno Silva. O abuso de investigar dos órgãos de inteligência. In: Temas atuais da investigação preliminar do processo penal. SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Org). Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 151-64.

[4] DUNLAP JR, Charles. Lawfare, in: NATIONAL SECURITY LAW 823 (John Norton Moore and Robert F. Turner, eds., 3rd ed. 2015). Does Lawfare Need an Apologia? 43 CASE WES. RES. J. INT'L L. 121 (2010). Ver mais detalhes em:

[https://law.duke.edu/sites/default/files/cv/c\\_dunlap\\_cv\\_2016current.pdf](https://law.duke.edu/sites/default/files/cv/c_dunlap_cv_2016current.pdf); ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. Lawfare: uma introdução. São Paulo: Contracorrente, 2019; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. *Lawfare* brasileiro. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019; p. 31. DUNLAP JR., Charles J. International Law and Changing Character of War. Raul A Pete Pedrozo e Daria P. Wollsschlaeger edit., p. 315. Disponível em:

<[http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3090&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3090&context=faculty_scholarship)>. DUNLAP JR., Charles J. Lawfare. Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21 st Conflicts. Conferência proferida no evento Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference, Jenedy School os Government Washington D.C., 29 nov 2001. Disponível em

<<http://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf>>. DUNLAP JR., Charles J. Lawfare. Does Lawfare need an apologia?. Conferência apresentada a Case Western University School of Law.

[5] PRADO, Geraldo. Prova Penal e Sistemas de Controles Epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 56.

[6] MIRANDA, Leví Inimá de. Balística forense, do criminalista ao legisla. Rio de Janeiro: Rubio, 2014, 211-212; AZEVEDO, Yuri; VASCONCELOS, Caroline Regina Oliveira. Ensaio sobre a cadeia de custódia das provas no Processo Penal Brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2017; FRANÇA JUNIOR. Cadáveres indiscretos: segurança pública e o (ab)uso de práticas Ban(d)idas em ambiente democrático. Maceió: Viva, 2015; NIELLA, Roberto Carlos Meza. Criminalística para criminalistas, criminólogos e peritos judiciais. Florianópolis: EMais, 2018, p. 129.

[7] ESPÍNDULA, Alberi. Perícia Criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia. Campinas: Millenium, 2009, p. 165.

[8] MACHADO, Helena; PRAINSACK, Barbara. Tecnologias que incriminam: olhares de reclusos na era do CSI. Coimbra: Almedina, 2012, p. 28: "Se a polícia consegue atribuir armas e cocaína àqueles contra quem vai depois testemunhar para obter uma condenação, de certeza que também consegue 'plantar' DNA".

[9] PRADO, Geraldo. Prova Penal e Sistemas de Controles Epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 44.

[10] MAGALHÃES, Assusete. Quebra de sigilo de dados e das comunicações telefônicas: o dever estatal de preservação da fonte de prova. In:

<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/doutr/article/download/1124/1058>.

[11] PRADO, Geraldo. Prova Penal e Sistemas de Controles Epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 74.

[12] PRADO, Geraldo. Prova Penal e Sistemas de Controles Epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 83: "Por essa razão, no direito anglo-americano, 'a supressão, pela acusação de evidências favoráveis ao acusado, mediante pedido, viola o devido processo legal quando a prova é material para culpar ou punir, independentemente da boa-fé ou má-fé da acusação (Case Brady vs Maryland, 1963)".

[13] PRADO, Geraldo. Prova Penal e Sistemas de Controles Epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 92: "Vale sublinhar que a tradição de controle da licitude probatória tem o mérito de incorporar um 'efeito dissuasório' – *deterrent effect* – que serve de desestímulo às agências repressivas quanto à tentação de recorrerem a práticas ilegais para obter a punição".

[14] Inquérito policial ou procedimento investigatório criminal inaugurado e presidido por representante do Ministério Público, consoante termos da decisão proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário nº 593.727, com nossa expressa divergência: VIEIRA, Luís Guilherme. *O Ministério Público e a investigação criminal*. Rio de Janeiro: Rabaço, 2004.

[15] KRAMER, Rodrigo. Incompreensão do conceito de inteligência na segurança pública. In: Revista Brasileira de Inteligência. Brasília: Abin, n. 10, dezembro 2015, pg. 73-82. Disponível em: <http://www.abin.gov.br/conteudo/uploads/2018/05/RBI10-Artigo6-INCOMPREENS%C3%83O-DO-CONCEITO-DE-INTELIG%C3%8ANCIA-NA-SEGURAN%C3%87A-P%C3%9ABLICA.pdf>, acesso em 19 ago. 2018.

[16] PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 56.

#### **Date Created**

07/12/2022