

PUCRS

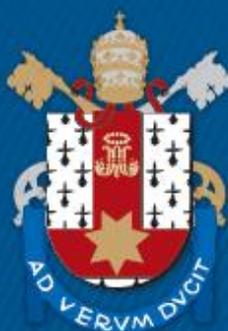
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

ALBERTO MILNICKEL RUTTKE

**BUSCA DE LIMITES CONSTITUCIONAIS PARA UTILIZAÇÃO DE MEIOS ATÍPICOS DE
OBTENÇÃO DE PROVAS IRREPETÍVEIS NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR**

Porto Alegre
2020

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

ALBERTO MILNICKEL RUTTKE

**BUSCA DE LIMITES CONSTITUCIONAIS PARA UTILIZAÇÃO DE MEIOS
ATÍPICOS DE OBTENÇÃO DE PROVAS IRREPETÍVEIS NA INVESTIGAÇÃO
PRELIMINAR**

Dissertação apresentada como requisito parcial obrigatório para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós- Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Orientador: Prof. Dr. Aury Celso Lima Lopes Junior

Porto Alegre

2020

Ficha Catalográfica

R982b Ruttko, Alberto Milnickel

Busca de Limites Constitucionais Para Utilização de Meios Atípicos de Obtenção de Provas Irrepetíveis na Investigação Preliminar / Alberto Milnickel Ruttko. – 2020.

161.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Aury Celso Lima Lopes Junior.

1. Meios de obtenção. 2. Meios atípicos. 3. Provas. 4. Provas irrepetíveis. I. Lopes Junior, Aury Celso Lima. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Bibliotecária responsável: Clarissa Jesinska Selbach CRB-10/2051

ALBERTO MILNICKEL RUTTKE

**BUSCA DE LIMITES CONSTITUCIONAIS PARA UTILIZAÇÃO DE MEIOS
ATÍPICOS DE OBTENÇÃO DE PROVAS IRREPETÍVEIS NA INVESTIGAÇÃO
PRELIMINAR**

Dissertação apresentada como requisito parcial obrigatório para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós- Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.
Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Data de aprovação ___/___/_____.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Aury Celso Lima Lopes Junior (Orientador – PUCRS)

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli (PUCRS)

Profa. Dra. Janaína Roland Matida (UAH)

Porto Alegre

2020

Todas as vitórias ocultam uma abdicação.
(Simone de Beauvoir, 1958, p. 502)

AGRADECIMENTOS

O Mestrado em Ciências Criminais foi, até o momento, o maior desafio acadêmico. As aulas, seminários, exposições e o convívio com os professores e colegas ficarão na memória deste período de aprendizado no PPGCCrim. Inúmeras pessoas fizeram parte desta conquista, o que me impede de discriminar todas elas, mas é necessário fazer alguns registros.

Ao Prof. Dr. Alexandre Wunderlich, pelo exemplo e referencial de sempre e por mostrares o lado humano das pessoas. Obrigado por seres fonte de inspiração. Se cheguei até aqui, foi por teres mostrado que é possível alcançar nossos objetivos com dedicação e trabalho.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Aury Lopes Jr., primeiramente por ter me dado a honra de ser seu orientando; por ser fonte de inspiração para o estudo crítico do processo penal; por ter acompanhado e contribuído com valiosas sugestões ao longo da orientação; pela disponibilidade e facilidade em atender e sanar as dúvidas surgidas ao longo deste trabalho. Muito obrigado.

Ao meu pai, Paulo Roberto Vieira Ruttke, e minha avó, Tereza Vieira Ruttke, que não mediram esforços para que este sonho do mestrado se tornasse realidade, sempre me incentivando a continuar buscando a qualificação profissional e acadêmica. Sem vocês o caminho ficaria bem mais complicado e tortuoso. À minha mãe, Iraci Milnickel, que teve fundamental contribuição para a conclusão da dissertação neste período de pandemia. Muito obrigado.

À minha esposa, Francieli Librelotto, e à minha pequena, Maria Eduarda. Obrigado pela compreensão neste período de afastamento e de estudos. Infelizmente, nada acontece sem a realização de sacrifícios pessoais. As horas dispendidas para finalização deste trabalho nos afastaram momentaneamente. Filha, o papai terminou de escrever o “livro”.

A todos que de alguma forma contribuíram, muito obrigado, de coração.

RESUMO

O presente estudo busca analisar a incidência dos meios atípicos de obtenção de provas irrepetíveis no inquérito policial e os limites constitucionais para a sua utilização e a produção da prova antecipada. A prova tem papel central na investigação e ao longo do processo penal, sendo que é através dos meios de obtenção de prova que a autoridade policial chegará às fontes de provas. Inobstante a impossibilidade de utilização de forma exclusiva dos elementos produzidos na investigação preliminar para formação da convicção do magistrado, é possível a produção de provas irrepetíveis de forma antecipada em determinadas situações. A pesquisa parte de um exame da estrutura da investigação preliminar desenvolvida no inquérito policial, bem como os princípios e garantias aplicados na investigação e o valor probatório destes elementos. Sabe-se que há uma tensão no inquérito policial entre o exercício do contraditório e a ampla defesa diante dos atos de investigação, principalmente os de caráter invasivo. A partir de um sistema de garantias consolidado, desvela-se a tipologia dos meios atípicos de investigação e suas diretrizes no processo penal e os limites entre provas, atos de investigação e os critérios existentes para a abertura do incidente de produção antecipada de provas irrepetíveis. Por fim, inclui-se a análise de precedente do TRF4, visando expor a temática de forma fática e traçar os limites através da análise constitucional à luz dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Meios de obtenção. Meios atípicos. Provas. Provas irrepetíveis.

ABSTRACT

The aim of this research is to analyze the incidence of atypical means of obtaining unrepeatable evidence in the police investigation and the constitutional limits for its use and the production of evidence in advance. Evidence develops a central role in the investigation and throughout the criminal proceedings, and it is through the means of obtaining evidence that the police authority will reach the sources of evidence. Despite the impossibility of considering, exclusively, the elements produced in the preliminary investigation to form the magistrate's decision, in specific situations, it is possible to gather unrepeatable evidence in advance. Therefore, this research examines the structure of the preliminary investigation developed in the police investigation, as well as the principles and guarantees applied, and the probative value of such elements. One knows that the tension in the police investigation exists in certifying whether both the adversary system and the full defense in the face of investigative acts, especially those of invasive nature, are observed. Based on a consolidated individual rights guaranty, one unveils the typology of atypical means of investigation and its guidelines in criminal proceedings and the limits between evidence, investigative acts, and the existing criteria for opening the incident of anticipated production of unrepeatable evidence. Lastly, one includes an analysis of a TRF4 judicial precedent, in order to expose the theme factually and to draw the limits through the constitutional analysis in the light of fundamental rights.

Keywords: Means of collection. Atypical means. Evidence. Unrepeatable evidence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
I A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	12
1.1 LIMITES CONSTITUCIONAIS E CONVENCIONAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	12
1.2 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: INQUÉRITO POLICIAL, EVOLUÇÃO E DEFINIÇÕES LEGAIS.....	19
1.3 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: COMPETÊNCIA, OBJETO E FINALIDADE	25
1.4 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: GARANTIAS – DIREITO DE DEFESA E CONTRADITÓRIO	32
1.5 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: ATOS DE INVESTIGAÇÃO E ATOS DE PROVA	38
1.6 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: PRODUÇÃO DE ELEMENTOS E VALOR PROBATÓRIO	44
1.7 JUIZ DAS GARANTIAS: CONTROLE PROBATÓRIO DOS AUTOS E SISTEMA ACUSATÓRIO	50
II MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA E PROVA ANTECIPADA NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR	53
2.1 MEIOS ATÍPICOS DE OBTENÇÃO DE PROVA E PRODUÇÃO DE ELEMENTOS DE PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A EVOLUÇÃO DOS MÉTODOS INVESTIGATÓRIOS NO INQUÉRITO POLICIAL	53
2.2 MEIOS ATÍPICOS DE OBTENÇÃO DE PROVA E PRODUÇÃO DE ELEMENTOS DE PROVA NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: DEFINIÇÕES LEGAIS.....	61
2.3 PROVA ANTECIPADA E IRREPETÍVEL: CONTEÚDO MATERIAL E LIMITES...71	
2.4 DIRETRIZES LEGAIS PARA A PRODUÇÃO DE PROVAS IRREPETÍVEIS DE FORMA ANTECIPADA	79
2.5 A PRODUÇÃO DE PROVAS IRREPETÍVEIS ATRAVÉS DE MEIOS ATÍPICOS DE OBTENÇÃO DE PROVAS.....	84
III LIMITES CONSTITUCIONAIS PARA A PRODUÇÃO DE PROVA IRREPETÍVEL NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR	92

3.1 MEIOS ATÍPICOS E LIMITES EPISTEMOLÓGICOS PARA PRODUÇÃO DE PROVAS IRREPETÍVEIS	92
3.2 MEIOS ATÍPICOS E PROVAS IRREPETÍVEIS: ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR.....	99
3.3 MEIOS ATÍPICOS E PROVAS IRREPETÍVEIS: LIMITES EPISTEMOLÓGICOS NA OBTENÇÃO, PRODUÇÃO E UTILIZAÇÃO.....	106
3.4 MEIOS ATÍPICOS, PROVAS IRREPETÍVEIS E ADMISSIBILIDADE NO PROCESSO PENAL: ESTUDO DE CASO – COMPREENSÃO JURISPRUDENCIAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E INOBSERVÂNCIA DOS MEIOS TIPIFICADOS.....	114
3.5 MEIOS ATÍPICOS E PROVA IRREPETÍVEL: REAFIRMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PROTEÇÃO E DEFESA DO ESTADO DE DIREITO.....	122
CONCLUSÃO	130
REFERÊNCIAS.....	135
ANEXO A - INFORMAÇÃO Nº 287/2011.....	149
ANEXO B - PESQUISA DO GRAU DE SATISFAÇÃO DOS USUÁRIOS DO SISTEMA SUS NO MUNICÍPIO DE CAÇADOR/SC.....	150
ANEXO C - MEMORANDO Nº 0421/2011.....	151
ANEXO D - HABEAS CORPUS Nº 5037608-70.2015.4.04.0000.....	152

INTRODUÇÃO

Estamos vivendo uma evolução constante da sociedade contemporânea, ocasionando mudanças nas relações pessoais e sociais de forma instantânea. A tecnologia experimentada pela sociedade nos condicionou a uma vida constantemente vigiada, seja pela expansão das redes sociais e dos meios de comunicação, até mesmo pelas próprias câmeras de vigilância e videomonitoramento.

Nessa perspectiva de mudança e evolução, o aparato estatal encarregado das investigações criminais também foi atingido. A criminalidade organizada avança na criação de formas de ocultação de ilícitos e aperfeiçoamento das condutas delitivas, circunstância que acarreta na mudança de relacionamento e enfrentamento da macrocriminalidade pelos órgãos estatais.

Se antes os meios tradicionais de obtenção de prova eram suficientes, hoje os métodos investigativos enfrentam crimes transnacionais e à distância, em outras palavras, uma criminalidade oculta e de difícil identificação. Sob este aspecto, a evolução dos meios de obtenção de provas está inerente ao avanço tecnológico.

As mudanças advindas do surgimento de novos meios de obtenção de prova vêm como alternativas para superar técnicas e meios tradicionais. Contudo, todas as novas modalidades necessitam de critérios técnicos e de metodologias específicas, que podem não ter sido objeto de criação legislativa. A legislação processual vigente elenca taxativamente os meios de prova ao dispor das autoridades, respeitando, evidentemente, suas particularidades e requisitos legais para utilização.

A divisão do sistema entre investigação preliminar e processo – fase judicial – acarreta circunstâncias específicas, nas quais todos os elementos que vão embasar a acusação, e depois a instrução do processo, são produzidos na fase do inquérito. Ou seja, é na fase preliminar que, geralmente, tudo acontece em termos de meios de obtenção de prova.

Nesta linha, a investigação preliminar também se depara com situações peculiares, como as provas irrepetíveis, que, pelo caráter, podem ser excepcionalmente produzidas na fase pré-processual. Destarte, em determinado estágio da investigação, é possível que a produção de determinada prova (irrepetível) só possa ser obtida através da utilização de um meio de prova não tipificado, o que pode resultar na utilização de um meio atípico.

Assim, temos que o resultado das inovações tecnológicas era previsível no âmbito investigativo. Como consequência dessa evolução, surgem métodos de obtenção de prova ainda não tipificados na legislação, que em determinadas situações podem ser empregados na investigação. O efeito desta equação entre tipicidade de meios de obtenção e o resultado da diligência é de extrema importância para a formação da convicção do magistrado, seja no deferimento de medidas cautelares pessoais ou até mesmo na resolução sobre o mérito da ação penal.

Da Constituição Federal transcende um modelo de processo penal pautado na observância de princípios e garantias fundamentais que regem a atuação da máquina pública e, em especial, dos órgãos de persecução penal.

A situação da busca de prova, em paralelo ao princípio da liberdade de produção da prova, coloca em foco a validade da utilização de meios atípicos para a produção de provas irrepetíveis. Fator significativo na identificação dos pressupostos para a produção da prova irrepetível é a análise dos preceitos legais do Código de Processo Penal, bem como do Código de Processo Civil e sua incompatibilidade com os fundamentos do processo penal.

Os grandes problemas envolvendo os meios atípicos são: a ausência de regulamentação específica sobre os limites, alcance da medida, impossibilidade de contraditório e sua intervenção na privacidade dos investigados. Do mesmo modo que a produção de provas irrepetíveis de forma antecipada possui poucas diretrizes na legislação pátria.

Sob este prisma, pretende-se responder se os limites impostos pelo sistema constitucional e processual vigente comportam a utilização de meios atípicos de obtenção de provas irrepetíveis no inquérito policial, em quais situações a autoridade policial está autorizada a utilizar de um meio atípico para a obtenção de determinadas provas e quais limites para sua utilização, bem como se é possível a aferição de requisitos mínimos (*standards*), pela autoridade policial, para a utilização de meios atípicos de obtenção de prova na investigação.

Busca-se com o presente estudo, analisar a incidência dos meios atípicos de obtenção de provas irrepetíveis; verificar a compatibilidade com o sistema probatório atual, apontando os limites epistêmicos para a (in)utilização na investigação. Ainda, pretende-se analisar os critérios atuais da legislação processual para a instauração

do incidente de produção antecipada de prova e o resultado dos elementos coligidos, assim como sua (im)prestabilidade para utilização no processo penal.

As hipóteses do presente estudo partem da concepção de que a Constituição Federal possui um sistema rígido de princípios sendo que o objetivo é garantir ao indivíduo o devido processo legal e a discriminação de diretrizes para a atuação estatal em face do agente e código de processo penal é omissivo no que se refere a possibilidade de utilização de meios atípicos de obtenção de provas irrepetíveis no inquérito policial, ou seja, não há a discriminação de diretrizes claras e precisas sobre a produção de provas antecipadas. Ainda como hipótese, tem-se que a utilização atual de meios atípicos de obtenção de provas irrepetíveis fere o princípio da legalidade e os agentes públicos têm o dever de agir com lealdade e boa fé na colheita da prova, respeitando os limites constitucionais;

A escolha do tema se deve ao inerente crescimento e evolução dos meios de obtenção de provas e de técnicas policiais que resultam em obtenção de provas irrepetíveis no inquérito policial. A própria atividade também possibilita o contato e o conhecimento de casos nos quais a atuação do órgão estatal ocorre ao amparo da legislação, especialmente na fase pré-processual.

É de suma importância referir que as aulas do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais tiveram o papel de solidificar o interesse pelo tema e possibilitaram contribuir para com o estudo dos meios de obtenção de provas irrepetíveis no processo penal e sua operacionalização.

I A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O sistema de investigação preliminar brasileiro utiliza-se, basicamente, do inquérito policial para formalizar e instrumentalizar a investigação criminal. Mesmo com a crise¹ vivenciada ao longo dos anos e das diversas críticas acumuladas, este instituto resiste na função de averiguação dos fatos previamente ao processo. Assim, é fato que a verificação operacionalizada pelo inquérito apresenta deficiências que comprometem garantias constitucionalmente asseguradas, especialmente com o ingresso da tecnologia e novos meios de obtenção de prova.

1.1 Limites Constitucionais e Convencionais no Processo Penal Brasileiro

A estrutura do Estado dispõe de órgãos encarregados da investigação e persecução penal, regidos por princípios que fazem parte da máquina pública, os quais “[...] são princípios-reitores que se aplicam a todos os poderes e órgãos que integram as chamadas funções essenciais à justiça”.² Dentro do sistema processual penal brasileiro, há uma nítida divisão entre a fase investigatória e a fase judicial, timbrada não só pela diferença entre as partes envolvidas, mas também pela destinação do material produzido, bem como dos procedimentos adotados em cada etapa.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estrutura um sistema de princípios e garantias que delimita as atividades estatais, sejam elas prévias, posteriores ou concomitantes ao processo penal. Tratando especificamente dos órgãos de persecução penal, em especial as polícias judiciárias, existem princípios aplicáveis diretamente à atuação dessas instituições com impacto na investigação preliminar, e, posteriormente, em eventual processo penal.

Os Direitos e Garantias Fundamentais foram alocados no título II da Constituição Federal. Nesse sentido, o seu artigo 5º estabeleceu um elenco de princípios penais,

¹ LOPES JÚNIOR, Aury. A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 1, p. 57-86, mai./ago. 2000, p. 58. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=25877. Acesso em: 14 jul. 2020.

² CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (coord.). **Processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 60.

passando a classificá-los como fundamentais,³ incluindo aí princípios aplicáveis diretamente à investigação preliminar. Neste caso, é claro que “as diversas garantias constitucionais, embora tenham operacionalidade em si e isoladamente, ganham força quando atuam de forma coordenada e integradamente”⁴, constituindo um verdadeiro sistema de garantias.⁵

A Carta Constitucional também prevê a equivalência como emenda constitucional dos “tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros”,⁶ aumentando o leque de garantias processuais aplicáveis ao processo penal brasileiro. Os artigos 7º e 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) são exemplos disso.⁷

Uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário.⁸ Dessa forma, tem-se que a Constituição Federal brasileira reservou uma gama de direitos e garantias fundamentais⁹ que norteiam as atividades

³ ROCHA, Álvaro Oxley da. Direitos fundamentais na Constituição Brasileira. In: D’AVILA, Fabio Roberto *et al* (org.). **Direito penal e constituição**: Diálogos entre Brasil e Portugal. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, p. 35.

⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 39.

⁵ Ver mais em FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 797.

⁶ Conforme prevê o artigo 5º, § 2º, CF: “Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jul. 2020).

⁷ “O Brasil ratificou a CADH, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, através do Decreto Legislativo nº 27, de 28.6.1992, e a promulgou pelo Decreto Executivo nº 678, de 6.11.1992, assumindo a obrigação internacional de assegurar (*shall secure*) o seu cumprimento, a ela vinculando-se.” (GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica: Cases da Corte Interamericana do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Atlas, 2014, p. 7).

⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica: Cases da Corte Interamericana do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13.

⁹ “*Propongo una definición teórica, puramente formal o estructural, de “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto prevista asimismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas.*” (FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. Madrid: Trotta, 2002, p. 37).

dos órgãos do Estado. No magistério de Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci¹⁰, a garantia do devido processo penal deve ser uma realidade em todo *iter* processual, de sorte que ninguém poderá ser privado dos seus direitos.

No atual contexto do sistema constitucional, fundado na recepção de tratados internacionais, reforçou-se o compromisso para com as garantias individuais.¹¹ Neste íterim, princípios basilares do devido processo penal e princípios do direito penal possuem relação.¹² Pode-se citar: o estado de inocência do acusado (artigo 5º, inciso LVII),¹³ ampla defesa, contraditório (artigo 5º, inciso LV),¹⁴ imparcialidade do julgador (artigo 5º, inciso LIV),¹⁵ *in dubio pro reo*, o direito à não incriminação (*nemo tenetur se detegere*) – artigo 5º, LXIII,¹⁶ direito a fazer prova no processo penal (artigo 5º, inciso LV – cuja limitação é o inciso LVI¹⁷), Juiz natural (art. 5º, XXXVII),¹⁸ legalidade penal,¹⁹ fundamentação das decisões (art. 93, IX),²⁰ e outras garantias esculpidas no artigo 5º da Constituição Federal.

¹⁰ TUCCI, Rogério Cruz; TUCCI, Rogério Lauria. **Constituição de 1988 e processo**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 17.

¹¹ Nesse sentido, a crítica de André Machado Maya sobre a tendência atual de flexibilização do sistema de garantias emanado da Constituição Federal: “Especificamente no plano legislativo, é perceptível a tendência de flexibilização de garantias individuais inerentes à regulamentação de técnicas investigativas que buscam atribuir maior eficiência na prevenção de ilícitos praticados por organizações criminosas e aos demais relacionados à lavagem de capitais, seja criando novas metodologias de investigação e produção de prova, seja implementando deveres de conservação de dados cadastrais e de comunicação, bem como disciplinando o acesso a esses dados por parte das autoridades responsáveis pela persecução penal, por vezes independentemente de autorização judicial.” (MAYA, André Machado. O processo penal na sociedade de risco: a persecução penal no Brasil entre os ideais de liberdade e segurança. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n 73, p. 197-222, abr./jun. 2019, p. 203).

¹² ROCHA, Álvaro Oxley da. Direitos fundamentais na Constituição Brasileira. In: D’AVILA, Fabio Roberto *et al* (org.). **Direito penal e constituição: Diálogos entre Brasil e Portugal**. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, p. 35.

¹³ “Art. 5.º [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”.

¹⁴ “Art. 5.º [...] LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”.

¹⁵ “Art. 5.º [...] LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

¹⁶ “Art. 5.º [...] LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;”.

¹⁷ “Art. 5.º [...] LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”.

¹⁸ “Art. 5.º [...] XXXVII – não haverá júízo ou tribunal de exceção;”.

¹⁹ “Art. 5.º [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”.

²⁰ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”.

De outra banda, há princípios aplicáveis ao desempenho da atividade investigativa no inquérito policial que podem pautar a atividade investigatória, em especial das polícias judiciárias. Embora não esteja previsto no Código de Processo Penal, o princípio da boa-fé²¹ está esculpido no art. 5º do novo Código de Processo Civil. No mesmo sentido, o princípio da boa-fé delineado no Título IX, artigo 266, *in fine*, nº 2, da Constituição da República de Portugal, revela-se como um princípio legitimador da atividade da administração, sendo um espelho do princípio da lealdade e da atividade da administração em geral.

Manuel Monteiro Guedes Valente disserta sobre o princípio da boa-fé e a possível quebra da confiança e a previsibilidade na atuação policial. Assim, há uma violação do princípio da boa-fé quando o sujeito particular é induzido em erro no desenvolvimento da atividade administrativa, gerando consequências no princípio da lealdade, cuja violação na obtenção da prova é fundamento para a proibição da utilização daquela. Sob este raciocínio, a polícia judiciária deve atuar com estrita observância ao princípio da lealdade e não deve furtar-se de princípios éticos que “são a essência de bens jurídicos de tutela constitucional e jus internacional”.²² É importante consignar que não se trata da importação de princípios do processo civil para o processo penal, mas de contextualização, tendo em vista a aplicabilidade no âmbito processual penal.

Tratando-se de investigação preliminar, Eliomar da Silva Pereira é objetivo ao afirmar que “os direitos fundamentais são os lindes jurídicos da investigação criminal”,²³ ou seja, os limites jurídicos da investigação criminal se encontram nos direitos fundamentais. O autor segue afirmando que, em que pese a legislação não mencione quais as ações que deverão ser adotadas na investigação criminal, informando as diretrizes necessárias para a descoberta do crime e sua autoria,

²¹ Germano Marques da Silva assegura a aplicabilidade do princípio da boa-fé no processo penal: “Temos entendido que a lealdade é um princípio inerente à estrutura do processo penal. A lealdade pretende imprimir a priori toda uma atividade de respeito pela dignidade das pessoas e da Justiça e nessa perspectiva é fundamento de proibição de prova.” (SILVA, Germano Marques. **Curso de processo penal**. São Paulo: Verbo, 2000. v. II. p. 161).

²² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Teoria geral do direito policial**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 229.

²³ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal**. Uma introdução jurídico-científica. Coimbra: Almedina, 2010, p. 289.

acaba o delimitando sob certos aspectos na medida em que estabelece limites legais que dizem o que não se pode fazer (um método negativo), ou o que se pode fazer sob certas condições.²⁴

A atuação da Administração Pública, especialmente através da utilização do seu poder de polícia, ocasiona uma limitação a direitos fundamentais, situação que poderá ser equacionada com o efetivo cumprimento do estrito dever legal, dentro dos limites legais, ou encaminhada a Juízo para controle da legalidade²⁵. Nesta perspectiva, a atuação do juiz no controle da legalidade da investigação e dos atos praticados pela Autoridade Policial é indispensável.

É fundamental para a base estrutural do sistema de princípios e garantias o estudo da obra de Luigi Ferrajoli sobre o modelo garantista, este constituído através de princípios e axiomas, eis que

os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema epistemológico de identificação do desvio penal historicamente concebido e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade.²⁶

Nesta linha, a respeito das garantias penais, “seria totalmente insatisfatório se não fosse acompanhado do conjunto correlato e, por assim dizer, subsidiário das garantias processuais, expressas por princípios”,²⁷ afirmando que “entre os dois conjuntos de garantias existem nexos tanto estruturais como funcionais”.²⁸

O princípio da legalidade estrita é

uma técnica legislativa específica, dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, com caráter “consultivo” e não “regulamentar” daquilo que é punível.²⁹

²⁴ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal**. Uma introdução jurídico-científica. Coimbra: Almedina, 2010, p. 289.

²⁵ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal**. Uma introdução jurídico-científica. Coimbra: Almedina, 2010, p. 302.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 37.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 38.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 495.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 39.

Luigi Ferrajoli faz uma distinção entre garantias orgânicas e procedimentais. Garantias orgânicas se referem à formação do juízo e a sua estrutura institucional em relação aos demais poderes do Estado e aos integrantes do processo. São elas: independência, imparcialidade, responsabilidade, juiz natural, separação das funções de acusar e julgar, obrigatoriedade da ação penal e uma série de garantias que devem estar presentes na persecução penal.³⁰

Já as garantias procedimentais são relativas à formação do juízo, tais como, coleta da prova, desenvolvimento da defesa e convencimento do órgão julgante.³¹ A sinalização entre as garantias orgânicas e procedimentais é primordial visto que as primeiras são exigidas para todo e qualquer juízo, inclusive o não penal. As garantias procedimentais, por sua vez, “integram, ao contrário, a submissão à jurisdição em sentido estrito”.³²

Nesta mesma perspectiva, Geraldo Prado afirma que “o estado de direito tem nas regras do devido processo legal sua base jurídico-política, por meio da qual o exercício legítimo do monopólio da força tende a não se converter em arbítrio”,³³ advertindo que “as garantias do processo penal são, relativamente, às liberdades públicas afetadas pela persecução penal, ‘garantias materiais dos direitos fundamentais’”.³⁴ Portanto, “o estado de direito revela-se o lugar por excelência de aferição da compatibilidade entre os direitos individuais em tese vigentes e as práticas coercitivas que de forma monopolística estão em mãos dos agentes que atuam nos aparelhos repressivos estatais”.³⁵

Afinal, o Estado é uma reserva de ética e de legalidade, jamais podendo descumprir as regras do jogo democrático de espaços de poder.³⁶ Vinicius Batista do Valle refere o tensionamento entre os deveres do Estado e os direitos fundamentais, referindo que

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 497.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 497.

³² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 497.

³³ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 42.

³⁴ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 43.

³⁵ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 43.

³⁶ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: Introdução crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 51.

conjugar harmonia entre os direitos e deveres do indivíduo e Estado, ou seja, o equilíbrio entre a tutela de bens jurídicos e a defesa do sujeito passivo (investigado) face à força estatal através da polícia deverá ser guia na persecução penal.³⁷

Segue, o autor, afirmando que no confronto entre

liberdade, segurança, indivíduo e Estado, o que jamais pode-se admitir é a busca da dita verdade a qualquer custo, ou seja, os fins utilitaristas não poderão justificar os meios neste objetivo estatal como regra geral num Estado Democrático de Direito.³⁸

O Estado, através dos seus agentes estatais, não pode sacrificar os direitos fundamentais sob pena de ferir o devido processo legal.

Os princípios supramencionados constituem o cerne da atuação estatal no inquérito policial e no processo penal. Na lição de Ricardo Jacobsen Gloeckner,³⁹ a forma processual não pode ser considerada mera ritualística, já que nela se materializam os direitos e garantias fundamentais, cuja não aplicação fere a própria legitimação da pena. O dever da lealdade probatória nada mais é do que a consagração da superioridade ética do Estado com a devida proibição de que a verdade material seja alcançada a qualquer custo, somente por intermédio de meios de prova considerados legais,⁴⁰ ou com a violação de princípios processuais e direitos fundamentais

A reserva constitucional de função do Poder Judiciário é para a jurisdição dever de tutela dos direitos fundamentais das pessoas e é neste contexto que as legítimas atuações das agências de repressão penal encontram limites.⁴¹ Os limites das atuações dos agentes públicos ao longo da investigação preliminar possui lindes com os direitos fundamentais, principalmente os de proteção à privacidade e à intimidade. Todas as funções do Estado, em suas múltiplas atividades, são limitadas pela esfera

³⁷ VALLE, Vinícios Batista. **A devida fase investigativa constitucional e convencional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 16.

³⁸ VALLE, Vinícios Batista. **A devida fase investigativa constitucional e convencional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 17.

³⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução à teoria do ato processual irregular. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 457.

⁴⁰ JESUS, Francisco Marcolino de. **Os meios de obtenção de prova em processo penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Coimbra: Almedina, 2015, p. 92.

⁴¹ PRADO, Geraldo. **Estudos jurídicos**. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 177.

de liberdade individual,⁴² já que o investigado ou acusado, assim como qualquer cidadão, deve ter seus direitos e garantias fundamentais preservados em qualquer fase, seja na investigatória ou na processual penal.

1.2 Investigação Preliminar: Inquérito Policial, Evolução e Definições Legais

Estamos sentindo os reflexos do desenvolvimento da quarta revolução industrial,⁴³ caracterizada pelo avanço das relações tecnológicas, globalização dos processos econômicos e instantaneidade com que situações cotidianas transcendem ao mundo. Klaus Schwab refere que as tecnologias digitais, especialmente os computadores, *tablets*, e *softwares* não são recentes, mas estão causando a quebra à terceira revolução industrial que, cada vez mais sofisticadas e integradas aquelas ocasionam a transformação da sociedade e economia global.⁴⁴

Todos os setores sofrem as consequências da globalização, inclusive o aparato estatal encarregado da investigação preliminar. Novas tecnologias são constantemente implementadas e testadas visando o aperfeiçoamento das investigações criminais, especialmente nos crimes cometidos em ambiente digital.⁴⁵ O presente tópico busca salientar alguns aspectos importantes desta revolução e o impacto nas investigações criminais.

A investigação preliminar está situada na fase pré-processual, sendo o gênero do qual são espécies o inquérito policial, as comissões parlamentares de inquérito, sindicâncias etc.⁴⁶ Para fins de realização do presente trabalho, será utilizado o inquérito policial como objeto de análise, especialmente aquele conduzido pela Polícia Judiciária. Assim, quando ocorrer referência ao termo investigação preliminar, estar-se-á fazendo referência ao inquérito policial disciplinado pelo Código de Processo Penal.

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 33.

⁴³ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016, p. 16.

⁴⁴ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016, p. 16.

⁴⁵ GUARAGNI, Fábio André; RIOS, Rodrigo Sanchez. Novas tendências de combate aos crimes cibernéticos: cooperação internacional e perspectivas na realidade brasileira contemporânea. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 8, n. 73, p. 167-196, 2019.

⁴⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 119.

A investigação preliminar é uma atividade realizada pela Polícia Judiciária, visando à investigação de um delito e de sua autoria.⁴⁷ Como fundamentos de existência, o inquérito policial, na visão de Aury Lopes Junior, possui três: busca do fato oculto, função simbólica e filtro processual. A busca do fato oculto se mostra presente na medida em que o crime é um fato desconhecido, devendo ser investigado a fim de levantar indícios de materialidade e autoria para subsidiar uma futura acusação. Já no campo da função simbólica, a investigação contribui para o reestabelecimento da normalidade social momentaneamente abalada pelo crime. E, por fim, serve também como filtro processual com o objetivo de evitar acusações infundadas, ou seja, aquelas sem um mínimo de lastro probatório ou em que a conduta investigada não seja crime.⁴⁸

A natureza jurídica do inquérito policial é a de um procedimento administrativo pré-processual,⁴⁹ tendo em vista que tal atividade carece de potestade jurisdicional, e é levada a cabo pela Polícia Judiciária, órgão vinculado à Administração Pública – Poder Executivo – e que, por isso, desenvolve tarefas de natureza administrativa.⁵⁰ Inclusive, as atividades de investigação e comprovação dos dados constantes na *notitia criminis* são tipicamente policiais, administrativas.⁵¹

Como sublinha Ricardo Gloeckner, a natureza jurídica do inquérito policial anunciada no período de elaboração do Código de Processo Penal consistia em uma irrevogável verdade de que o inquérito policial era um instrumento cuja primeira finalidade era a formação da *opinio delicti*, ou seja, no plano das funções declaradas e estabelecidas, realmente o inquérito policial era um mecanismo de constatação e

⁴⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 121.

⁴⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 120.

⁴⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 120. Ver a posição de Luiz Flávio Gomes e Fábio Scliar: “Portanto, a investigação criminal se autonomiza diante do processo, cabendo dizer ainda que em grande parte dos casos existe inquérito policial sem a fase processual posterior, quando há arquivamento dos autos sem oferecimento de denúncia. Por isso, o inquérito policial embora possa ser um procedimento pré-processual, nem sempre tem esta natureza, e mesmo sendo, esta função não terá sido a única, o que confirma a autonomia do inquérito policial em relação ao processo criminal e, por conseguinte, a autonomia da Polícia Judiciária em relação àquela condição de mera auxiliar do Poder Judiciário.” (GOMES, Luiz Flávio; SCLIAR, Fábio. *Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia*. **Revista criminal: ensaios sobre a atividade policial**, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 23-37, out./dez. 2008. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=86530. Acesso em: 2 jul. 2020).

⁵⁰ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 93.

⁵¹ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 94.

averiguação do fato criminoso.⁵² Contudo, como adverte o autor, “o escopo do inquérito jamais se restringiria a tais funções declaradas”,⁵³ sendo que

a estrutura do código de processo penal brasileiro de 1941 foi construída em cima de significantes capaz de retirar do inquérito finalidades relevantes, de regra em torno das chamadas funções não declaradas.⁵⁴

Duas situações inexoráveis que ocorrem com o inquérito policial são apontadas: a primeira delas é a produção de um contraditório degenerado, ou seja, apenas ratificador, ao invés de construtivo em relação ao convencimento judicial e, a segunda, é a sua operatividade que autoriza o juiz a formular juízos em torno dos elementos informativos produzidos no caderno inquisitorial.⁵⁵ Ao longo da práxis forense, criou-se o ilegal procedimento de apenas ratificar os elementos do inquérito ao invés de acontecer a sua repetição,⁵⁶ ou seja, simplesmente ratificavam-se os depoimentos em juízo.

Gustavo Badaró afirma que “o inquérito policial é um procedimento administrativo, de natureza inquisitória, escrito e sigiloso”.⁵⁷ Ainda persiste no Brasil fortes matrizes inquisitórias,⁵⁸ principalmente no inquérito policial que, na maioria das

⁵² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: Uma genealogia das ideais autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 394.

⁵³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**. Uma genealogia das ideais autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 394.

⁵⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**. Uma genealogia das ideais autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 394.

⁵⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**. Uma genealogia das ideais autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 394.

⁵⁶ Nesse sentido é a posição de Aury Lopes Junior: “Se na investigação foram ouvidas testemunhas, elas deverão ser arroladas pela acusação ou defesa, conforme interesse probatório, para serem ouvidas na audiência de instrução e julgamento perante o juiz da instrução. Assim deve ser para que produzida em contraditório judicial pleno, e submetida ao exame cruzado das partes (art. 212), ela possa ser devidamente valorada na sentença porque terá o *status* de “prova”. [...] Portanto, a repetição da prova, na verdade, produção em audiência de instrução e julgamento, é fator de validade desta prova e também condição exigida para que possa ser valorada na sentença.” (LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2020, p. 200).

⁵⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 201, p. 22

⁵⁸ Nereu Giacomolli também refere os traços inquisitórios do CPP: “O Código de Processo Penal, concebido na década de 1940, tem perfil essencialmente inquisitorial, marcadamente no que tange à prova e na atuação do magistrado. Alguns meios de prova e certos meios de busca da prova foram regulamentados e algumas leis esparsas regulam outros meios de busca de elementos probatórios, tais como as interceptações de comunicações, de dados informáticos e telemáticos, captação e interceptação ambiental, infiltração de agentes, por exemplo. A ausência de um regramento claro de toda a sistemática probatória, mormente dos meios de prova e dos limites impostos à sua admissibilidade, é um fenômeno típico do modelo inquisitorial de processo ou de um paradigma com forte tendência inquisitorial.” (GIACOMOLLI, Nereu José. *Algumas marcas inquisitoriais do Código de*

vezes, trata-se de um procedimento sigiloso e com fortes tendências à vedação da atuação defensiva, ou seja, ainda é um procedimento carente de contraditório efetivo.

A quadra histórica em que surgiu o Código de Processo Penal brasileiro era autoritária e seu substrato ideológico conformou o paradigma processual penal.⁵⁹ Geraldo Prado vai pontuar a cultura autoritária do processo penal, advinda de uma ingerência direta do pensamento dominante na Europa continental do início do século XX, que objetivava fulminar com a presunção de inocência, sendo que a punição do crime era a nova ordem política vigente.⁶⁰

Na exposição de motivos do CPP de 1941 há uma nítida expressão do cunho autoritário e repressivo que orientou a reforma da legislação.⁶¹ Já sobre as atribuições da polícia judiciária, “cabe-lhe colher as provas na primeira fase da *persecutio criminis*, nos autos do denominado inquérito policial, destinado, eventualmente, a servir de base à acusação”.⁶² Contudo, é necessária uma mudança profunda na estrutura do processo para que venha a ser, de fato, uma estrutura acusatória

separando claramente as funções de acusar, defender e julgar e um processo penal onde as partes exerçam seu papel de protagonistas, no que se inclui, obviamente, o atuar sobre a investigação criminal.⁶³

Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>. Acesso em: 20 fev 2020).

⁵⁹ 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. 29.

⁶⁰ 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. 29.

⁶¹ “As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código.” (PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal**: Evolução histórica e fontes legislativas. Bauru: Jalovi, 1983, p. 534).

⁶² BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Exposição de Motivos nº 212, de 9 de maio de 1983. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 1983. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicaodemotivos-149193-pe.html>. Acesso em: 19 mar. 2019.

⁶³ SANTIAGO NETO, José de Assis; GUIMARÃES, Leonardo Avelar. Ao mestre com carinho: como a obra de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho contribui para a refundação do processo penal brasileiro. In: Organizadores: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (org.). **Mentalidade Inquisitória e processo penal no Brasil**: escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. v. 5, p. 565.

José de Assis Santiago Neto e Leonardo de Avelar Guimarães asseveram que essa mudança de estrutura passa obrigatoriamente pela refundação da perspectiva da investigação criminal, aduzindo que é necessário apontar a finalidade de tal fase, eis que fundamental para a reestruturação, “bem como atribuição ao juiz das garantias inerentes ao seu papel de controlador da legalidade e da constitucionalidade dos atos investigativos”.⁶⁴

Diante dessa realidade, o Estado deve dispor de instrumentos eficazes para descobrir o fato e não permitir que se elevem os índices de criminalidade, que geram o descrédito dos sistemas formais de controle e uma insegurança social. Em suma, uma demonstração de que qualquer prática criminosa será punida pelo Estado, numa espécie de repressão imediata ao crime cometido. Ao longo dos anos, a evolução⁶⁵ sempre foi pautada pelo recrudescimento de penas e expansão dos meios de investigação e obtenção de prova, e o inquérito policial deveria ter uma ótica voltada para o controle de futuras acusações infundadas⁶⁶ e prisões ilegais.

Eliomar da Silva Pereira analisa as particularidades da investigação criminal como uma atividade desenvolvida em razão de um sistema jurídico-penal possuindo um escopo particular, que é a descoberta de fatos e busca da verdade a respeito de um crime e “limites intrínsecos e anteriores, condicionantes de qualquer método de investigação pretendido, os quais constituem as especificidades mais marcantes dessa categoria de investigação a serem consideradas”.⁶⁷

⁶⁴ SANTIAGO NETO, José de Assis; GUIMARÃES, Leonardo Avelar. Ao mestre com carinho: como a obra de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho contribui para a refundação do processo penal brasileiro. *In*: Organizadores: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (org.). **Mentalidade Inquisitória e processo penal no Brasil**: escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. v. 5, p. 565-566.

⁶⁵ “É nesse cenário que se estabelecem as premissas de uma política criminal orientada à segurança em detrimento de liberdades individuais, notadamente pautada (i) no surgimento de novos riscos, (ii) na dificuldade de atribuição de responsabilidade penal a pessoas físicas e jurídicas, no que se refere a esses riscos e, (iii) na sensação de insegurança disseminada em especial pela atuação da mídia no exercício desregulado da liberdade, o que resulta potencializado pela dificuldade de compreensão do cidadão leigo acerca dos limites postos ao exercício do poder punitivo estatal no âmbito dos Estados Democráticos de Direito” (MAYA, André Machado. O processo penal na sociedade de risco: a persecução penal no Brasil entre os ideais de liberdade e segurança. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n 73, p. 197-222, abr./jun. 2019, p. 200).

⁶⁶ BARILLI, Raphael Jorge de Castilho. O inquérito policial como instrumento de garantia – uma análise prática a partir de sua função controladora de prisões ilegais. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 281, 2018. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=150313. Acesso em: 2 jul. 2020.

⁶⁷ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal**. Uma introdução jurídico-científica. São Paulo: Almedina, 2010, p. 61.

É inegável que nos últimos anos o sistema de justiça penal no Brasil, como um todo, vem sofrendo alterações e reformas estruturais. O oferecimento de benefícios por parte do Estado aos implicados em investigações criminais em troca de assistência aos órgãos de investigação,⁶⁸ bem como o estímulo ao setor privado para que assuma estruturas e funções historicamente estatais de controle da criminalidade e auxílio na persecução penal,⁶⁹ são exemplos de como o sistema de justiça penal está se transformando.

A mais recente reforma na legislação processual penal introduziu importantes institutos, entre eles o juiz das garantias e a cadeia de custódia da prova. Ao mesmo tempo, promoveu a importação do acordo de não persecução penal – *plea bargaining*, e “aprimorou” a legislação referente à colaboração premiada.⁷⁰

Inobstante as reformas e evolução da legislação processual penal, a investigação preliminar⁷¹ vem sendo afetada pela inclusão e utilização da tecnologia.⁷²

⁶⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. As tendências de expansão da justiça criminal negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importando em convergência entre sistemas. **Revista de Estudos Criminas**, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 153-173, jan/mar 2020.

⁶⁹ ARAÚJO, Marcelo Azambuja. **Investigações empresariais**. São Paulo: Liber Ars, 2019, p. 17.

⁷⁰ Antonio Tovo e Emília Klein já alertavam para a importação de determinados institutos e a americanização do processo penal: “As reformas por meio da adoção dos institutos aqui abordados, embora nem todas estejam vigentes serão fato consumado, mais cedo ou mais tarde. Não temos a ilusão de conseguir impedir ou refrear a marcha triunfal do processo penal norte-americano em terras brasileiras, evitando que colaboração premiada, *plea bargaining* e algoritmos em sentenças criminais se tornem praxe forense cotidiana. Não obstante o aprofundamento das discussões em torno dessas temáticas, bem como a antecipação das críticas e avaliações dos institutos na experiência anglo-saxã, em especial os Estados Unidos, pode levar à superação de defeitos já constatados por profissionais daquele país e assim conduzir nosso sistema processual” (TOVO, Antonio; KEIN, Emília. A marcha riunfal dos institutos transplantados no processo penal brasileiro: passado, presente e futuro. In: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto. **Garantias penais: estudo alusivo aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich**. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019, p. 93).

⁷¹ GIACOMOLLI, Nereu José. Controle eletrônico e captações visuais na *persecutio criminis*. In: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto. **Garantias penais: estudo alusivo aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich**. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019, p. 439.

⁷² “O desejo de uma justiça célere e veloz, que satisfaça o clamor dos cidadãos, que se encontram em estado paneônico – medo esquizofrênico – perante os fenômenos da criminalidade econômico-financeira [v. g., crimes tributários (fiscais e previdenciários), manipulação de mercado, corrupção, branqueamento], do crime organizado transnacional [v. g., crime de tráfico de armas, de droga, de seres humanos e de órgãos humanos] e do terrorismo, conduziram os decisores políticos a implementar meios de obtenção de prova especializados, especiais e excepcionais: ampliação do âmbito das interceções telefônicas, registo de voz off e imagem, gravações ambientais, gravações e fotografias por meio de câmaras de videovigilância, agentes infiltrados física e digitalmente, rastreios e persecuções digitais, localizações celulares, controlo e monitoramento concreto de IP, IMEI e GPS, recurso a IMSI-Carther (IMEI), buscas e apreensões preventivas no sistema digital a nível nacional, regional e internacional sem qualquer conhecimento do visado, e a admissibilidade e utilização como meios de prova os relatórios elaborados pelos serviços secretos” (VALENTE, Manuel M. G. Editorial dossiê “Investigação preliminar, meios ocultos e novas tecnologias”. **Revista Brasileira de Direito**

A grande dificuldade é, justamente, compatibilizar o emprego destes recursos tecnológicos, que muitas vezes geram provas irrepetíveis e restringem direitos fundamentais no inquérito policial, frente à necessidade de submissão ao contraditório e ampla defesa, ou seja, sem ferir os direitos e garantias do investigado.

1.3 Investigação Preliminar: Competência, Objeto e Finalidade

A Constituição Federal delimita a competência da atuação das Polícias Judiciárias, especialmente no artigo 144.⁷³ A Polícia Judiciária possui a competência legal para investigar e detém autonomia na investigação, dependendo de autorização judicial para a adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais e está encarregada da investigação preliminar, sendo desempenhada nos estados pela Polícia Civil e, no âmbito federal, pela Polícia Federal.⁷⁴

Isso significa que o âmbito de atuação das Polícias Cíveis dos estados é residual. Caberá a elas investigar os crimes que não são objeto de inquérito policial militar, nem investigados mediante inquérito policial atribuído à Polícia Federal.⁷⁵ No Brasil existe a divisão entre a polícia de segurança e a polícia judiciária, sendo que, a primeira, exerce atividade preventiva e repressão imediata ao delito através das polícias militares; e, à segunda, compete a atividade de investigação, ficando a cargo da Polícia Civil dos estados e da Polícia Federal.⁷⁶

Nenhuma das polícias possui vinculação com o Poder Judiciário e o inquérito policial, quando instaurado, deverá ser presidido, privativamente,⁷⁷ pelo delegado de

Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 473-482, mai./ago. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.82>. Acesso em: 02 jul. 2020).

⁷³ “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares”.

⁷⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 121.

⁷⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 122.

⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 121.

⁷⁷ Nesse sentido, a promulgação da Lei nº 12.830/13, a qual dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, conforme art. 2º, §1º: “Art. 2.º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado; § 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais”. (BRASIL. **Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013**. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acesso em: 10 jul. 2020).

polícia que exerce as funções de natureza jurídica, essenciais e privativas de Estado. A investigação de um fato oculto pode iniciar de inúmeras formas, dependendo do fato e objeto da verificação. Na definição clássica de José Frederico Marques, “a investigação é a atividade estatal da *persecutio criminis* destinada a preparar a ação penal”⁷⁸. Ainda que se tenha afirmado que as polícias federal e estadual exercem as funções de polícia judiciária, não acarreta inviabilidade que outros órgãos venham “a apurar, direta ou indiretamente, fatos criminosos”.⁷⁹

Na esfera dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), existem hipóteses as quais atribuem a possibilidade de condução de investigações.⁸⁰ A mais conhecida delas, são as chamadas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), instituídos no artigo 58, §3º da Constituição Federal,⁸¹ no desiderato de apurar “fato determinado”.⁸²

A exposição de motivos do atual código de processo penal explicita as razões para a conservação do inquérito policial no ordenamento jurídico atual, referindo que “fica mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais”.⁸³ A partir do conhecimento da *notitia criminis*, o delegado de polícia dará início à “análise técnica, jurídica e fundamentada, realizando a filtragem inicial”,⁸⁴ instaurando o procedimento legal investigativo, ou

⁷⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. São Paulo: Forense, 1965. v. I, p. 142

⁷⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. São Paulo: Forense, 1965. v. I, p. 142.

⁸⁰ FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Investigação Criminal e Ação Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

⁸¹ “Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. [...] § 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”.

⁸² FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Investigação Criminal e Ação Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 64.

⁸³ PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: Evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983, p. 535.

⁸⁴ Posição semelhante é a de Nereu Giacomolli: “A fase preliminar do processo penal possui duas funções essenciais e contrapostas. De um lado, destina-se ao fornecimento de elementos fáticos, mormente de autoria, materialidade e espécies delituosa, suficientes para que seja deduzida uma pretensão acusatória (base acusatória). Por outro lado, constitui-se em um filtro importante às acusações infundadas, temerárias e destituídas de qualquer elemento razoável de que foi determinado sujeito o autor da infração criminal. Portanto, sua função é de viabilizar e, ao mesmo tempo, de impedir o exercício da ação penal” (GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal**. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 50-51).

seja, analisará o suporte mínimo fático-probatório justificador do exercício da função investigativa do Estado.⁸⁵

É necessário que ocorra esta análise pela autoridade policial visando filtrar e direcionar a atuação estatal. Sabidamente, por inúmeras circunstâncias, a Polícia Judiciária direciona a atuação para aqueles delitos que realmente tenham indícios mínimos e comportem certa gravidade, garantindo, assim, a concentração de esforços na investigação de crimes que de fato ocorreram e que tenham determinada relevância.

Os atos investigatórios e as linhas de investigação serão determinados pela autoridade policial encarregada de conduzir o inquérito⁸⁶ durante a instrução do procedimento, que terá como finalidade a “a apuração das infrações penais e da sua autoria”, conforme artigo 4º do Código de Processo Penal. Nesse sentido, produzirá as provas técnicas que julgar necessárias, decidindo também quem será ouvido, como e quando,⁸⁷ buscando apurar todas as circunstâncias do fato. Como refere Aury Lopes Junior, nesse sistema a polícia não é mera assistente, mas sim a verdadeiro titular do inquérito policial, tendo autonomia para conduzir a investigação, inclusive, não podendo ser possível afirmar qualquer subordinação funcional com relação aos membros da magistratura e do Ministério Público.⁸⁸

A investigação preliminar serve – essencialmente, para averiguar e comprovar os fatos constantes na *notitia criminis*, isto é, a autoria e a materialidade⁸⁹ daquele fato. Noutros termos, o objeto da investigação preliminar é o fato constante na *notitia*

⁸⁵ VALLE, Vinícios Batista. **A devida fase investigativa constitucional e convencional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 27.

⁸⁶ Interessante crítica de Michel Misse: “O inquérito policial confere grande poder a quem o controla. Daí a relevância que lhe foi dada pelo legislador, ao exigir que fosse sempre instaurado em qualquer situação em que se comprovasse a existência de um crime. Era uma maneira de o juiz controlar a discricionariedade dos delegados de polícia. Quando a obrigatoriedade é abandonada na prática, o inquérito acaba por se constituir como o principal dispositivo da discricionariedade na esfera policial. Instaurá-lo ou não, por exemplo, pode transformá-lo numa mercadoria política; do mesmo modo, poder indiciar uma autoria num inquérito policial, quando se sabe que a polícia não poderá mais interromper ou arquivar o inquérito, é um enorme poder atribuído aos delegados e aos seus policiais.” (MISSE, Michel. O Papel do Inquérito Policial no Processo de Incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa. **Revista Sociedade e Estado**, Brasília, v. 26, n. 1, p. 25, jan./abr. 2011, p. 25).

⁸⁷ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 127.

⁸⁸ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 128.

⁸⁹ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 171.

criminis; assim, é o *fumus commissi delicti* que dá origem à investigação e sobre o qual recai a totalidade dos atos desenvolvidos nessa fase.⁹⁰

O objeto material da investigação criminal é o suposto fato penalmente típico, ilícito, culpável e punível. Seu objeto formal é o conjunto, às vezes unitário, dos correspondentes atos investigativos e seus resultados (elementos de informação em sentido amplo).⁹¹ Eliomar da Silva Pereira adentra sobre o objeto da investigação na perspectiva da “investigação dos fatos” e “investigação da autoria”.⁹²

Em relação aos fatos, “a investigação criminal preliminar deve ser exauriente, tanto quanto possível, sob a perspectiva da autoridade investigante”.⁹³ Prossegue, o referido autor, afirmando que, “não se justifica ter um procedimento preliminar de investigação, para ao final se concluir, no processo judicial, pela inexistência do fato”, caracterizando-se como uma verdadeira contradição do:

sistema de persecução penal, que ofende ao princípio da economia processual, bem como torna supérflua toda uma estrutura administrativa orientada a uma atividade que, segundo se pretende, seria dispensável, não tem valor probatório.⁹⁴

Seguindo no raciocínio, o autor aponta que a investigação criminal com a finalidade de buscar a verdade fática, visando sempre a verdade mais próxima possível do que realmente aconteceu⁹⁵ e “em relação à autoria, contudo, deve-se admitir que a investigação se limita a uma verdade indiciária”.⁹⁶ Um dos primeiros problemas que se forma com relação à investigação do crime, segundo Eliomar da Silva Pereira, é “o fato que compõe, porque cometido e finalizado no passado, não passa de um fato histórico, e por isso a verdade que se constitui acerca dele não

⁹⁰ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 172.

⁹¹ SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas: perspectivas e limites**. 2015. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 154. Disponível em: doi:10.11606/T.2.2015.tde-30112015-165420. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁹² PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal: Uma introdução jurídico-científica**. Coibra: Almedina, 2010, p. 61.

⁹³ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal: Uma introdução jurídico-científica**. Coibra: Almedina, 2010, p. 137.

⁹⁴ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal: Uma introdução jurídico-científica**. Coibra: Almedina, 2010, p. 137.

⁹⁵ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal: Uma introdução jurídico-científica**. Coibra: Almedina, 2010, p. 137.

⁹⁶ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal: Uma introdução jurídico-científica**. Coibra: Almedina, 2010, p. 138.

passa de uma verdade histórica”, ou seja, “sofre inevitavelmente dos problemas que qualquer investigação historiográfica”.⁹⁷

Na mesma linha, Alberto Binder analisa que a investigação de casos complexos vinculados a formas não tradicionais de delitos, especialmente os delitos econômicos e informáticos, requer um trabalho de longo prazo e difícil de sustentar com a atual estrutura dos órgãos policiais.⁹⁸ Essa atividade investigativa, envolvendo criminalidade complexa e não tradicional, requer a produção de prova em outros países ou a produção necessita de muita discricção, uma enorme quantidade de documento, “ou porque a demanda se torna intensa desde os primeiros instantes, já que o investigado pode contar com alguma assessoria especializada ou porque há a necessidade de trabalhar com escritórios que nem sempre atuam com celeridade”⁹⁹.

Inúmeros fatores acarretam problemas na investigação criminal, principalmente o fator temporal, que influencia na colheita dos indícios e, quanto maior o tempo decorrido entre o cometimento do fato até o início da investigação e a propositura de diligências para averiguação, maiores serão os problemas enfrentados para o levantamento de elementos para a confirmação da materialidade e autoria. Esta circunstância exige rapidez e celeridade no deferimento de medidas de investigação por parte da Autoridade Policial.

Visando direcionar a atuação policial, o Código de Processo Penal elenca uma série de diligências que deverão ser realizadas pela autoridade policial visando a preservação do local do crime. De acordo com Gustavo Badaró,

a preservação do local do crime é fundamental para a colheita de elementos de informações que poderão ser muito úteis para a descoberta da forma de cometimento do delito e sua autoria.¹⁰⁰

A linha de atuação do inquérito policial não é voltada para a produção probatória, salvo as provas irrepetíveis ou não renováveis, sendo os elementos produzidos sob a égide inquisitorial do inquérito meros elementos informativos. Assim, o contexto de descoberta no inquérito policial é destinado “à formulação de hipóteses prévias, com

⁹⁷ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal**: Uma introdução jurídico-científica. Coibra: Almedina, 2010, p. 62.

⁹⁸ BINDER, Alberto M. **Derecho procesal penal**. 1. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2014. t. II, p. 499.

⁹⁹ BINDER, Alberto M. **Derecho procesal penal**. 1. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2014. t. II, p. 500.

¹⁰⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 135.

potencial explicativo de um determinado acontecimento, com base em alguns dados disponíveis”,¹⁰¹ aduzindo, Badaró, ser

exatamente o que necessita o investigador, diante da notícia da ocorrência de um fato que se lhe afigura criminoso e dos elementos iniciais disponíveis, como cadáver, os indícios deixados na cena do crime, o depoimento de uma testemunha etc.¹⁰²

Na mesma linha, Geraldo Prado expõe a investigação preliminar sob duas perspectivas. A primeira delas como meio hábil para a formação ou não da justa causa para a persecução penal, impossibilitando acusações sem elementos mínimos para levar alguém a juízo e, num segundo momento, como uma exigência que a investigação esteja adequada ao sistema de garantias que constituem os limites do poder punitivo.¹⁰³ Em síntese, a finalidade da investigação é a busca de subsídios mínimos sobre o fato oculto visando subsidiar futura acusação. A investigação deverá buscar todos os elementos possíveis, inclusive os que beneficiem o investigado na medida em que servirá para filtrar e limitar responsabilidades.

André Augusto Mendes Machado e Mariângela Tomé Lopes advertem que “é errôneo afirmar que a investigação criminal visa somente a busca de elementos que formem a justa causa para o oferecimento da ação penal”,¹⁰⁴ quando, em realidade, “este procedimento objetiva encontrar dados aptos a esclarecer o potencial fato criminoso que chegou ao conhecimento do órgão investigatório”.¹⁰⁵

Nitidamente, a finalidade da investigação preliminar formalizada através do inquérito policial é a preparação e colheita de elementos mínimos para subsidiar uma acusação. Contudo, não há obrigatoriedade de o órgão titular da ação penal, no caso brasileiro, o Ministério Público, oferecer a acusação juntamente com o inquérito policial. A questão é objetiva: caso o promotor público entender que existem

¹⁰¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e contextos probatórios**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 145.

¹⁰² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e contextos probatórios**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 145-146.

¹⁰³ PRADO, Geraldo. **Estudos jurídicos**. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 177.

¹⁰⁴ MACHADO, André Augusto Mendes Machado; LOPES, Mariângela Tomé. Novas perspectivas sobre a investigação criminal defensiva. In: VAZ, Denise Provasi *et al* (org.). **Eficiência e garantismo no processo penal**: Estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 45.

¹⁰⁵ MACHADO, André Augusto Mendes Machado; LOPES, Mariângela Tomé. Novas perspectivas sobre a investigação criminal defensiva. In: VAZ, Denise Provasi *et al* (org.). **Eficiência e garantismo no processo penal**: Estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 45.

elementos suficientes para o oferecimento de uma acusação, não haverá a necessidade de instauração do inquérito policial.

Nas palavras de Nereu Giacomolli, “o inquérito policial não se destina ao juiz, mas ao Ministério Público, quem dele extrai os elementos à imputação criminal. Sua funcionalidade principal acaba nesta etapa”.¹⁰⁶ Assim, o destinatário do inquérito e do conteúdo da investigação seria o órgão acusador, que avaliaria a suficiência dos elementos coligidos no expediente. Nesse sentido, defende o referido autor a necessidade de “estabelecimento de um sistema de controle interno e extraprocedimental do inquérito policial, inclusive do controle externo da atividade policial, configurado na Constituição Federal”,¹⁰⁷ sublinhando algumas hipóteses para diminuir os riscos da utilização dos elementos produzidos na investigação decorrente do inquérito policial, entre elas:

- a) uma fase contraditória no âmbito do inquérito, antes de sua remessa a juízo;
- b) uma fase contraditória no âmbito do Ministério Público, antes do oferecimento da acusação;
- c) uma fase contraditória, em juízo, antes do recebimento da acusação;
- d) a não inclusão do inquérito policial, salvo as provas técnicas, no processo, após ser oferecida a acusação. Somente a retirada do inquérito policial do processo evitará a contaminação do que produzido na fase preliminar, tanto na produção de provas em juízo quanto nas decisões que forem sendo tomadas.¹⁰⁸

Os supracitados elementos demonstram a preocupação com o desvirtuamento da finalidade¹⁰⁹ da investigação preliminar, que, como já sublinhado, “*não se destina ao magistrado, mas ao acusador, quem dele extrai os elementos necessários à*

¹⁰⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. Expectativas e propostas acerca do inquérito policial. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 41, n. 134, p. 465-488, jun. 2014, p.478

¹⁰⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. Expectativas e propostas acerca do inquérito policial. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 41, n. 134, p. 465-488, jun. 2014, p. 483.

¹⁰⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. Expectativas e propostas acerca do inquérito policial. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 41, n. 134, p. 465-488, jun. 2014, p. 483-484

¹⁰⁹ No mesmo sentido: “Dada a sua estrutura atual de formação, o inquérito policial deve ser absolutamente desconsiderado para todos os efeitos de formação da dimensão de saber processual, só cabendo a ele a sucinta tarefa de servir de elemento de convicção para o órgão acusatório, o qual, munido de seus precários subsídios, pode desencadear o processo a partir de uma denúncia.” (KHALED JR., Salah Hassan; ROSA, Alexandre Morais da. O oculto inquisitório e o processo penal como monumento. *In*: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Cláudia Ferigato; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (ed.). **Processo penal e garantias**: Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 474).

imputação”,¹¹⁰ e “*sua funcionalidade principal acaba com a formalização da acusação*”.¹¹¹ Justamente pelo fato da investigação ter como finalidade o oferecimento de subsídios para a acusação, outros elementos que sejam diversos destes objetivos não deveriam ser produzidos neste momento pré-processual.

Veja-se que a procura por indícios para subsidiar o órgão titular da ação penal não afeta a inclusão de elementos favoráveis ao investigado. Isso porque é imperioso que se tenha dentro do caderno investigatório eventuais elementos que eliminem ou possibilitem a limitação das responsabilidades. Sob este aspecto, resta demonstrada a competência, o objeto e a finalidade do inquérito policial e o escopo de abrangência da investigação preliminar conduzida pela autoridade competente.

1.4 Investigação Preliminar: Garantias – Direito de Defesa e Contraditório

Para além das disposições previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificadas pela Constituição Federal de 1988, é necessário tecer breves considerações sobre a atuação da defesa do investigado, sem o objetivo de esgotar a matéria, e sobre a extensão do exercício da defesa no inquérito policial. O sujeito passivo da investigação mantém o status de inocente durante toda tramitação do expediente investigativo, estabelecendo-se este marco como preceito básico. Seguindo na mesma linha, a CF/88 também assegura o contraditório e a ampla defesa aos investigados e acusados em processos administrativos e judiciais, sendo um dos princípios basilares da estrutura constitucional e ficando mais evidente a sua incidência no âmbito processual penal.

O exercício do contraditório está interligado ao da ampla defesa enquanto perdurar a investigação criminal, porém, não com as mesmas dimensões¹¹² de incidência dos princípios do processo penal. Como adverte Aury Lopes Junior e Ricardo Gloeckner, “não pode existir contraditório pleno no inquérito porque não existe uma relação jurídico-processual, não está presente uma estrutura dialética que

¹¹⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. Expectativas e propostas acerca do inquérito policial. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 41, n. 134, p. 465-488, jun. 2014, p. 485.

¹¹¹ GIACOMOLLI, Nereu José. Expectativas e propostas acerca do inquérito policial. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 41, n. 134, p. 465-488, jun. 2014, p. 485.

¹¹² GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal**. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 89.

caracteriza o processo”, ou seja, “não há exercício de uma pretensão acusatória”.¹¹³ Logicamente, na esfera do inquérito policial, o contraditório ocorre de diversas maneiras. O direito de defesa é um direito-réplica, que nasce com a agressão que representa para o sujeito passivo a existência de uma imputação ou ser objeto de diligências e vigilância policial.¹¹⁴

O exercício da defesa no inquérito inicia com o direito ao silêncio do investigado, previsto no art. 5º, LXIII da CF/88. O interrogatório é ato tipicamente judicial: somente o juiz pode interrogar o acusado.¹¹⁵ Contudo, há a possibilidade de a autoridade policial realizar a oitiva do investigado devendo aplicar as mesmas regras do interrogatório. Embora o Código de Processo Penal inclua a natureza jurídica do interrogatório como meio de prova, não há consenso na doutrina sobre este ponto. Segundo Gustavo Badaró, existem três posições sobre a natureza do interrogatório: (i) meio de prova, tendo em vista que o Código de Processo Penal coloca nos meios de prova; (ii) meio de defesa, mais especificamente de autodefesa, diante do direito ao silêncio; e (iii) natureza mista, sendo tanto um meio de defesa quanto um meio de prova.¹¹⁶

O direito ao silêncio, exercido em qualquer fase do inquérito e também do processo penal, deriva do *nemo tenetur se detegere*. Portanto, o direito ao silêncio constitui-se em espécie do *nemo tenetur*,¹¹⁷ o qual é tido como direito fundamental do arguido, frente ao Estado, na averiguação dos delitos, com o objetivo de proteção do indivíduo em razão de eventuais excessos durante a persecução penal, abarcando todos os tipos de violências (físicas, morais/psicológicas), empregadas para coagi-lo a cooperar na investigação.¹¹⁸ O entendimento de Gustavo Badaró segue a mesma linha, asseverando não se tratar de um procedimento desenvolvido em contraditório, “no entanto, aplica-se ao inquérito policial a ampla defesa”.¹¹⁹ Como sublinhado no

¹¹³ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 470.

¹¹⁴ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 472.

¹¹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 453.

¹¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 451.

¹¹⁷ TUCCI, Rogério Cruz; TUCCI, Rogério Lauria. **Constituição de 1988 e processo**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 193.

¹¹⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo** (O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no Processo Penal). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 55.

¹¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 124.

início do presente capítulo, os limites da investigação criminal estão estabelecidos no rol de direitos e garantias fundamentais.

Inobstante a função da investigação preliminar seja a colheita de elementos para subsidiar eventual acusação pública, o regime jurídico do processo penal constitucional, consubstanciado no princípio da presunção de inocência, determina que a defesa possa atuar desde o princípio, em razão dos pactos internacionais sobre Direitos Humanos, estabelecendo o equilíbrio entre a investigação que fornece subsídios à acusação e as análises defensivas que podem revelar as inconsistências e ilegalidade dela.¹²⁰ Nesse sentido, Bernd Schunemann sinaliza para uma modificação da investigação preliminar com a inclusão da figura do “*proto ou pré-defensor*”, que seria financiada pelo Estado, atuando ao longo da investigação e mantendo o sigilo do escopo do inquérito, ou seja, o investigado não saberia da existência deste defensor, quem “teria a atribuição de zelar pelos interesses destes, e nesse sentido, exerceria uma tarefa de controle de todas as medidas secretas tomadas na investigação”.¹²¹ Somente com a criação desta figura seria possível minimizar os impactos causados com os métodos secretos e ocultos de investigação que por sua natureza são incontroláveis.¹²² Além disso, Bernd Schunemann recomenda a gravação em vídeo¹²³ de todas as testemunhas, desde o início da investigação preliminar, e o direito de o advogado também realizar inquirições privadas de testemunhas. Essas são as principais considerações feitas pelo citado jurista, referentes à investigação preliminar visando reestabelecer o equilíbrio processual.¹²⁴

É perceptível que a investigação preliminar conduzida pela polícia judiciária possui um viés voltado para a produção de elementos que servirão de base para a acusação. A cultura investigativa no Brasil é inclinada a ignorar os elementos que possam favorecer o suspeito do fato criminoso investigado, contudo, via de regra há o direcionamento da pesquisa e coleta de elementos para o órgão titular da ação

¹²⁰ PRADO, Geraldo. **Estudos Jurídicos**. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 197.

¹²¹ SCHUNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 235.

¹²² SCHUNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 235.

¹²³ SCHUNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 236.

¹²⁴ SCHUNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 236.

penal. Está impregnado na cultura inquisitória da investigação preliminar este fator de buscar somente elementos de acusação e, assim, já na fase investigativa, as partes se encontram em situação de desigualdade, tendo em vista o evidente viés inquisitório do inquérito policial.

No entender de Luigi Ferrajoli, para a disputa se desenvolver com paridade, é necessário, primeiramente, que a defesa tenha as mesmas possibilidades e capacidades da acusação e, não menos importante, que seu papel de contraditor seja aceito “em todo estado e grau de procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações”.¹²⁵

Frente a esta cultura inquisitória, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 5.282/2019, que visa alterar o artigo 156 do Código de Processo Penal, com o objetivo de atribuir ao Ministério Público

a fim de estabelecer a verdade dos fatos, alargar o inquérito ou procedimento investigativo a todos os fatos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, [...] investigar, de igual modo, na busca da verdade processual, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa.¹²⁶

Ou seja, busca determinar que todas aquelas provas que possam interessar à defesa também venham fazer parte do processo e de busca por parte do Ministério Público.

Obviamente que o projeto merece a devida reflexão sobre os impactos ocasionados na gestão da prova e dentro do sistema processual. Ocorre que, num primeiro momento, é cristalino que a atuação do aparato estatal em determinadas

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 565.

¹²⁶ Proposta de alteração legislativa: “Art. 1º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) passa a vigorar com as seguintes alterações: Cabe ao Ministério Público, a fim de estabelecer a verdade dos fatos, alargar o inquérito ou procedimento investigativo a todos os fatos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, em conformidade com este Código e a Constituição Federal, e, para esse efeito, investigar, de igual modo, na busca da verdade processual, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa” (BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 5289, de 2019**. Altera o art. 156 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) para estabelecer a obrigatoriedade de o Ministério Público buscar a verdade dos fatos também a favor do indiciado ou acusado. Autoria: Senador Antonio Anastasia. Brasília, DF: Senado Federal, [2019]. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8018336&ts=1594036946913&disposition=inline> Acesso em: 20 mai. 2020).

situações tende a ignorar as provas que possivelmente beneficiariam a defesa dos réus. Isso fere a paridade de armas e o devido processo legal.

As violações do contraditório e da ampla defesa, durante a investigação preliminar, acarretaram a promulgação da Súmula Vinculante nº 14¹²⁷ pelo Supremo Tribunal Federal, para garantir o acesso aos elementos já produzidos no inquérito. Já em 2016, a Lei nº 13.244 alterou o Estatuto da OAB,

ampliando o direito de acesso aos autos de inquérito policial pelos advogados, bem como assegurando o direito de os advogados assistirem seus clientes que sejam investigados, sob pena de nulidade absoluta do inquérito ou depoimento.¹²⁸

Não se admite mais, na atualidade, procedimentos de investigação secretos, a exemplo do método medieval de obtenção da verdade.¹²⁹

Com a promulgação da Lei nº 13.964/2019, uma das funções do Juiz de Garantias é assegurar o direito ao investigado e seu defensor de acesso ao conteúdo da investigação e todos os elementos já materializados, salvo as diligências em andamento, conforme prevê o artigo 3º-B, inciso XV da referida lei.¹³⁰ A bem da verdade, o que se busca é dar efetividade à atuação da defesa técnica no inquérito policial, procedimento que ainda possui inspiração autoritária e com ranço medievalesco e inquisitorial.¹³¹

Atualmente, é inconcebível um inquérito policial que não seja de cunho constitucional, devendo ser abandonado os resquícios das condutas autoritárias e despidas de qualquer legalidade. A conjugação destes fatos, juntamente com o

¹²⁷ Súmula Vinculante nº 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.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula Vinculante nº 14**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2009]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em: 12 mai. 2019).

¹²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 124.

¹²⁹ BARBOSA, Emerson Silva. O devido processo penal e as garantias do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 74-88, jan./jun. 2011, p. 83.

¹³⁰ “XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;” (BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 10 jul. 2020).

¹³¹ TOVO, Paulo Cláudio. Democratização do Inquérito Policial. *In*: TOVO, Paulo Cláudio (org.). **Estudos de Direito Processual Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. v. 2, p. 206-207.

precário contraditório na investigação preliminar, faz com que se recorra aos postulados constitucionais da isonomia e da ampla defesa para advogar no sentido de que a defesa deve também ter o direito de obter dados capazes de confirmar os seus argumentos e afastar a imputação criminal.¹³²

A garantia da plenitude de defesa possui relação intrínseca com o direito à prova – mais especificamente, direito à prova legitimamente obtida ou produzida –, do qual emerge o fundamento prático do contraditório,¹³³ especialmente na fase pré-processual. O investigado poderá ter interesse em provar, em razão das circunstâncias que se encontra, constituindo um direito de provar, mas não um dever, uma obrigação, encargo, ônus.¹³⁴

Emerson Barbosa afirma que para garantir o devido processo penal, é imprescindível que se assegurem os meios inerentes à defesa desde o início da investigação, tais como: a) o conhecimento claro e objetivo dos fatos investigados; b) a possibilidade de apresentar alegações contra imputações/hipóteses formuladas; c) poder acompanhar os elementos produzidos e fazer contraprova; d) ter defesa técnica; e) poder impugnar os atos instrutórios ilícitos.¹³⁵ Obviamente que para a instrumentalização de determinados meios de defesa, já no âmbito da investigação preliminar, é necessário alargar a dialética no inquérito policial, panorama não previsto nas reformas.

O cenário é crítico quando se trata de prova antecipada, que deverá ser realizada no bojo da investigação preliminar. Garantir o contraditório e a ampla defesa quando há necessidade de produzir prova antecipada na investigação acarreta inúmeras consequências. A dificuldade encontra-se nos casos em que o investigado não tem defesa constituída ou sequer tem conhecimento da investigação. Toda produção probatória deverá ocorrer em juízo, com a participação do órgão titular da ação penal e da defesa do investigado. Caso a prova não venha a ser produzida nestes moldes,

¹³² MACHADO, André Augusto Mendes Machado; LOPES, Mariângela Tomé. Novas perspectivas sobre a investigação criminal defensiva. In: VAZ, Denise Provasi *et al* (org.). **Eficiência e garantismo no processo penal**: Estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 49.

¹³³ MARTINETTO apud p. 459 apud TUCCI, Rogério Cruz; TUCCI, Rogério Lauria. **Constituição de 1988 e processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

¹³⁴ TUCCI, Rogério Cruz; TUCCI, Rogério Lauria. **Constituição de 1988 e processo**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 97.

¹³⁵ BARBOSA, Emerson Silva. O devido processo penal e as garantias do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 74-88, jan./jun. 2011, p. 81.

não poderá ser valorada pelo juízo na sentença, tratando-se de mero elemento informativo do processo.

É consenso que a ampla defesa e o contraditório são, ao lado da proibição de produção de prova ilícita,¹³⁶ da presunção de não culpabilidade e da não obrigatoriedade de produzir prova contra si mesmo, condicionantes da validade das provas dentro de um processo penal garantista, que abrange não apenas a instrução processual presidida pelo juiz, mas toda a atividade de instrução probatória que tenha repercussão sobre o processo, com destaque para a realizada durante o inquérito policial.

Portanto, ainda que o inquérito policial nos moldes atuais não permita uma atuação defensiva extensa, é necessário garantir e possibilitar que a defesa atue de forma ampla. Nos casos específicos, como na produção antecipada de provas, a participação da defesa é imprescindível para a validade do ato.

1.5 Investigação Preliminar: Atos de Investigação e Atos de Prova

A persecução penal, como atividade estatal, abrange dois momentos distintos: a investigação e a ação penal. Ambas as fases devem respeitar um procedimento.¹³⁷ É necessário diferenciar, dentro do aspecto amplo de diligências que poderão ser adotadas na investigação preliminar realizada através do inquérito policial, quais são os atos de investigação e quais são os atos de prova. A diferença entre ambas as atividades está relacionada também com os responsáveis pela execução e a possibilidade ou não de valoração posterior do resultado destas diligências na sentença.

Existem atividades na instrução do inquérito policial que são rotineiras, comuns ao longo da investigação, exemplo disso é a inquirição de testemunhas do fato, coleta

¹³⁶ “Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, então, a fonte de prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, que visam à proteção das liberdades públicas e, especialmente, dos direitos de personalidade, incluindo o direito à intimidade. Quando a prova for, ao mesmo tempo, ilícita e ilegítima, será necessário verificar, quanto à ilegitimidade, se o impedimento processual de utilização é suficiente para anulá-la, como acontece quando sua produção em juízo é cominada de nulidade; ou se deverá continuar-se a ter em mente sua qualificação de “ilícita”, para retirar-lhe toda e qualquer eficácia” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 136-137).

¹³⁷ MACHADO, André Augusto Mendes Machado; LOPES, Mariângela Tomé. Novas perspectivas sobre a investigação criminal defensiva. In: VAZ, Denise Provasi *et al* (org.). **Eficiência e garantismo no processo penal**: Estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 45.

de materiais e vestígios deixados no local, enfim, uma série de diligências ordinárias dentro da atividade de investigação. Inclusive, o procedimento de investigação traduz-se como um conjunto de atos com finalidade específica.¹³⁸ Assim como no âmbito do saber científico uma verdade só adquire esse status após a análise dos métodos empregados na pesquisa,¹³⁹ a verdade judiciária também requer obediência a certos parâmetros no processo de produção, sem os quais estaria aberto intolerável arbítrio do juiz na determinação dos fatos sobre os quais se assenta a decisão.¹⁴⁰

Os atos praticados no inquérito policial vão além destas diligências, conforme a *teoria da investigação criminal* de Eliomar da Silva Pereira, sendo “[...] a atividade desenvolvida em função de um sistema jurídico-penal que possui finalidade própria, que é a elucidação de fatos e busca da verdade a respeito de um crime (a)”.¹⁴¹ O autor segue pontuando que há

limites normativos intrínsecos e anteriores, condicionantes de qualquer método de investigação pretendido (b), os quais constituem as especificidades mais marcantes dessa categoria de investigação a serem consideradas.¹⁴²

Portanto, a investigação criminal pode ser um

conjunto de pesquisas, administrada estrategicamente, que, tendo por base critérios de verdade e métodos limitados juridicamente por

¹³⁸ MACHADO, André Augusto Mendes Machado; LOPES, Mariângela Tomé. Novas perspectivas sobre a investigação criminal defensiva. In: VAZ, Denise Provasi *et al* (org.). **Eficiência e garantismo no processo penal**: Estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 45.

¹³⁹ Sobre o tema, Murilo Teixeira Avelino discorre sobre o modelo norte-americano e a figura do juiz *gatekeeper* que busca evitar as chamadas *junk science*: “o sistema americano, diferente do nosso, cria a figura do *gatekeeper*, um juiz togado, responsável pela admissibilidade e acompanhamento da produção da prova no processo. Este juiz tem a função de somente permitir chegar ao conhecimento dos jurados as provas que efetivamente devem ser por eles levadas em conta no processo decisório. A ideia é que os julgadores, de fato, não sejam influenciados por provas viciadas que, em tese, não poderiam informar o julgamento. [...] A previsão visa proteger a qualidade e credibilidade das provas produzidas, protegendo-se o processo daquilo que se costuma chamar de *junk science*, ou seja, uma pretensa ciência produzida sem critérios confiáveis, no interesse somente de uma das partes, sem preocupação criteriosa com os métodos utilizados e com os resultados obtidos.” (AVELINO, Murilo Teixeira. **O controle judicial da prova técnica e científica**. Salvador: Juspdovm, 2017, p. 188-193).

¹⁴⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes. O correio eletrônico como meio de obtenção da prova penal: breves anotações aos sistemas brasileiro e português. In: VAZ, Denise Provasi *et al* (org.). **Eficiência e garantismo no processo penal**: Estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 65.

¹⁴¹ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal**: Uma introdução jurídico-científica. Coimbra: Almedina, 2010, p. 61.

¹⁴² PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal**: Uma introdução jurídico-científica. Coimbra: Almedina, 2010, p. 61.

direitos e garantias fundamentais, está dirigida a obter provas acerca da existência de um crime.¹⁴³

Essa perspectiva permite traçar uma diferença significativa entre os atos de prova e os atos de investigação. No magistério de Aury Lopes Junior, os atos de prova estão direcionados a convencer o juiz da verdade de uma afirmação, estando a serviço do processo, integrando o processo penal.¹⁴⁴ Assim, posteriormente, o juiz poderá utilizá-los na sentença, devendo observar os princípios da publicidade, contraditório, imediação e, necessariamente, devem ser praticados perante o juiz que irá julgar o caso penal.¹⁴⁵

Dentro da teoria da prova, é necessário fazer um recorte sobre a atividade probatória e seus desdobramentos. Nereu Giacomolli¹⁴⁶ faz a diferenciação entre elementos, fontes, meios e metodologias de busca da prova. As fontes de prova¹⁴⁷ são as pessoas (testemunhas) ou objetos (documentos) com capacidade o bastante para fornecer resultados valorativos ao julgador.

Já os meios de prova¹⁴⁸ são os mecanismos ou instrumentos processuais utilizados para colocar no processo os elementos provindos das fontes de prova. Os elementos de prova seriam as informações ou dados *a priori*, ainda não submetidos

¹⁴³ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal**: Uma introdução jurídico-científica. Coimbra: Almedina, 2010, p. 87.

¹⁴⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 158.

¹⁴⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 158.

¹⁴⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica: Cases da Corte Interamericana do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Atlas, 2014, p. 160.

¹⁴⁷ Gustavo Badaró registra uma diferença significativa entre fonte de prova e meio de prova: “A distinção entre fonte de prova e meio de prova é relevante, na medida em que possibilita compatibilizar o processo penal acusatório com os poderes instrutórios do juiz. O juiz não pode ser um investigador de fontes de prova. Como já visto, a atividade de investigação pressupõe a eleição mental, ainda que provisória, de uma hipótese eleita, que coloca em risco a imparcialidade do investigador. Portanto, quem investiga não pode julgar. Coisa diversa porém, é admitir que, uma vez existindo nos autos do processo a notícia de uma fonte de prova – que não foi investigada pelo julgador, mas que se teve conhecimento por atividade das partes –, o juiz possa determinar sua introdução no processo, mediante a produção do meio de prova correspondente.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 390-391).

¹⁴⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica: Cases da Corte Interamericana do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Atlas, 2014, p. 160.

ao processo de avaliação judicial.¹⁴⁹ É o dado bruto que se extrai da fonte de prova, ainda não valorado pelo juiz.¹⁵⁰

A metodologia da busca da prova¹⁵¹ é representada pela técnica ou tecnologia empregada na obtenção ou produção da prova. Os elementos de prova seriam as informações que não teriam sido submetidas ao processo de avaliação judicial, o que nos permite concluir que não estariam sob o crivo do contraditório e nem sob a fiscalização do Ministério Público.

Os atos de prova poderão ser utilizados pelo julgador na sentença penal. Isso acarreta que a sua produção deve respeitar a denominada cadeia de custódia da prova.¹⁵² Geraldo Prado trabalha o conceito de cadeia de custódia da prova advertindo sob o ingresso do elemento probatório no procedimento “a questão dos controles epistêmicos, compreendidos nesta etapa como ‘controles de entrada’”. Veja-se que, primeiro, o autor refere que é necessário saber se determinado elemento probatório está em condições de ser avaliado pelo juiz e, se a resposta for positiva, resta saber qual valor o juiz lhe atribui. Assim, a “primeira atividade é denominada de ‘fiabilidade probatória’”.¹⁵³

Isto alude em garantir a confiabilidade dos atos de prova empregados na produção. A legislação brasileira inovou no ano de 2019, com a elaboração de procedimentos e padrões a serem adotados pela autoridade responsável pela colheita do elemento. O artigo 158-B da Lei nº 13.964/2019 disciplina o procedimento legal a ser adotado visando preservar a origem de determinado elemento.

Os atos de investigação são distintos dos atos de prova em diversos aspectos, mas, principalmente, (i) pelo momento de produção; e (ii) a quem são dirigidos e quem poderá valorá-los, ou seja, a quem servirão após a sua produção. Gustavo Torres

¹⁴⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica: Cases da Corte Interamericana do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Atlas, 2014, p. 160.

¹⁵⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 390.

¹⁵¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica: Cases da Corte Interamericana do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Atlas, 2014, p. 163.

¹⁵² Conforme a redação do artigo 158-A do CPP: “Art. 158-A. 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”.

¹⁵³ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p 87.

Soares, em tese de doutorado apresentada na Universidade de São Paulo, defende que o *ato de investigação* possui quatro etapas:

- 1) procura por elementos informativos em sentido amplo (frequentemente indicadores de fontes de prova e, excepcionalmente, reveladores de elementos probatórios cautelares, irrepetíveis ou antecipados, ou reforçadores das provas convergentes; 2) referência a suposto fato penalmente típico, ilícito, culpável e punível; 3) decorrência de uma ou mais hipóteses livremente formuladas sobre a matéria em apuração; e 4) viabilização pelo emprego dos devidos meios, recomendações técnicas e procedimentos jurídicos.¹⁵⁴

Os atos de investigação estão a serviço da investigação preliminar, ou seja, da fase pré-processual, servindo para formar um juízo de probabilidade e não sendo valorados à sentença.¹⁵⁵ Aliás, podem ser praticados, inclusive, pela polícia ou pelo Ministério Público.¹⁵⁶ Neste sentido, é possível afirmar que os atos de investigação possuem valor probatório extremamente limitado,¹⁵⁷ sendo que “o que estiver despido do contraditório, não é ato probatório, podendo constituir-se em ato de investigação”.¹⁵⁸

Os elementos colhidos através da investigação preliminar são de extrema importância para o resultado da investigação e seus futuros desdobramentos, tendo em vista que, dependendo dos elementos coligidos, poderá ocorrer (i) o oferecimento da acusação, (ii) o arquivamento do expediente ou (iii) a requisição de novas diligências. Nesta linha, se mostra fundamental a distinção entre os atos de investigação e os atos de prova eis que, na verdade, não se trata somente da contextualização destes elementos, mas da representação dentro do inquérito policial.

Inobstante a atividade desenvolvida dentro do inquérito policial através dos atos de investigação, o resultado destas diligências deverá ser formalizado no expediente a fim de possibilitar o contraditório e o acesso pelo investigado dos elementos já produzidos e catalogados. Isso porque em situações específicas, como a das denúncias apócrifas, é possível a realização de diligências preliminares para verificar-

¹⁵⁴ SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas: perspectivas e limites**. 2015. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 130. Disponível em: doi:10.11606/T.2.2015.tde-30112015-165420. Acesso em: 10 jul. 2020.

¹⁵⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 159.

¹⁵⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 159.

¹⁵⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 195.

¹⁵⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformar (?) do processo penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 20-22.

se, minimamente, a veracidade das informações recebidas antes da instauração e formalização do inquérito policial.¹⁵⁹

Em que pese a cautela e prudência na verificação destas diligências anteriores à formalização do inquérito policial,¹⁶⁰ “a investigação realizada sem a devida formalização nos autos do procedimento administrativo de apuração não possui validade”,¹⁶¹ justamente porque poderá cercear o investigado do “direito de efetuar o controle sobre a legitimidade dos atos investigatórios”.¹⁶²

Após a análise por parte da autoridade policial dos resultados obtidos com os atos de prova e atos de investigação, elaborar-se-á o relatório final do expediente, ato pelo qual aquela formalizará a conclusão da investigação e remeterá ao Judiciário. A busca pelos elementos dentro da investigação preliminar é de suma importância para o oferecimento da acusação, já que o trabalho realizado pela polícia judiciária resultará (ou não) em justa causa para a persecução penal, ou seja, em uma condição fundamental para a viabilização do processo penal.

A razão de existir da justa causa para a ação penal é evitar que denúncias ou queixa infundadas, sem uma inviabilidade aparente, possam prosperar,¹⁶³ impedindo

¹⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma), **HC nº 199.086 São Paulo**. Relator: Ministro Jorge Mussi, 06 de maio de 2014.

¹⁶⁰ Antonio Eduardo Ramires Santoro e Felipe Asensi analisam o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a utilização da interceptação telefônica como meio de obtenção de prova e a necessidade de instauração e investigação prévia à tal medida: “[...] 9) A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal tem alguns casos julgados no sentido de admitir a interceptação telefônica, sem a instauração de procedimento investigatório prévio, mas verifica-se que os casos dizem respeito ao encontro fortuito de conversas referentes a fatos diversos daqueles que estavam sendo investigados. 10) A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, de outro lado, decidindo a respeito do mesmo assunto, compreendeu ser necessária a instauração de procedimento prévio, mas deve ressaltar que o caso dizia respeito a uma “denúncia anônima”, portanto também não pode ser generalizada para qualquer hipótese para interceptação telefônica sem instauração prévia de procedimento investigatório. 11) O que mais importa é que o fundamento da decisão proferida pela Primeira Turma se ampara tão somente na necessidade de existência de indícios suficientes de autoria ou participação em infração penal para permitir a interceptação telefônica, não se exigindo a instauração prévia de procedimento investigatório, ao passo que a Segunda Turma entende ser necessário atentar para a subsidiariedade da interceptação, ou seja, só pode ter lugar quando não cabível qualquer outro meio para se apurar os fatos descritos no pedido de interceptação”. (SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. A necessidade de instauração de investigação prévia à medida de interceptação telefônica. *In: TEMAS atuais de polícia judiciária*. Organização de Bruno Taufner ZANOTTI, Cleopas Isaías SANTOS. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. 517 p., 23 cm. ISBN 978-85-442-1236-3. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=154269. Acesso em: 12 jul. 2020. p. 501-517. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=154373. Acesso em: 12 jul. 2020.)

¹⁶¹ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. A inexistência de formalização dos atos investigatórios no Brasil. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 266, p. 10-11, jan. 2015.

¹⁶² SOUSA FILHO, Ademar Borges de. A exigência de formalização dos atos investigatórios no Brasil. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 266, p. 10-11, jan. 2015.

¹⁶³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 172.

que processos sem nenhum lastro probatório mínimo movam o aparato judiciário sem indícios mínimos. Não se pode punir sem processo, mas é inegável o caráter apenador do simples “estar sendo processado”,¹⁶⁴ por si só constitui uma pena para o sujeito passivo do processo penal. O artigo 239 do Código de Processo Penal disciplina que “indício é a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

Os elementos de indícios, ou simplesmente indícios, remetem-nos ao inquérito policial, aonde o investigado é “indiciado pela suposta prática do crime”. Para alguém ser indiciado pela polícia judiciária, deve existir uma série de elementos, informações e indícios que possam levar a autoridade policial a esta conclusão. Os indícios são colhidos pelos atos de investigação, como veremos.

Diante dessas diferenças apresentadas, o que se extrai é que os elementos oriundos do inquérito policial, originários dos atos de investigação, não levam à produção de provas no inquérito policial e possuem a finalidade, principalmente, de evitar acusações infundadas e subsidiar a atuação do Ministério Público, titular da Ação Penal, no oferecimento de eventual acusação. Os atos de prova, estes praticados ao longo do processo penal e excepcionalmente no inquérito, geram elementos de convencimento judicial e estão direcionados para o magistrado. Sob estes dois aspectos, é fundamental diferenciar os atos de prova dos atos de investigação, para que não ocorra a inversão de valoração de tais elementos.

1.6 Investigação Preliminar – Produção de Elementos e Valor Probatório

O trabalho realizado na investigação preliminar possui o objetivo de abastecer o órgão acusador com elementos e subsídios para o oferecimento da acusação. O valor probatório da investigação preliminar, que poderá ser avaliado pelo magistrado juntamente com outras provas produzidas durante a instrução do processo, será objeto de fundamentação na sentença. Atualmente, com a implementação do *juiz das garantias*, salvo as provas irrepetíveis, os demais elementos produzidos na fase pré-processual não poderão ser avaliados pelo magistrado.

¹⁶⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 172.

Diante da impossibilidade de valoração como prova dos elementos produzidos sem a participação do investigado, é necessário estipular limites referentes ao conteúdo originário do resultado da investigação e o valor probatório dos elementos colhidos ao longo da atividade investigativa. Sob este prisma, fica evidente a diferença entre os atos de investigação e os elementos produzidos na fase preliminar.

O órgão encarregado da investigação criminal deve priorizar a busca pelos elementos que elucidam o evento passado, objeto da investigação preliminar, os quais servirão de matéria-prima para as provas processuais.¹⁶⁵ É evidente que a carência de garantias e dialética precisa ser equacionada, caso contrário, teremos um procedimento inconstitucional.

Segundo Aury Lopes Junior, o que poderá ser feito é valorar-se adequadamente os atos do inquérito policial, e, em casos excepcionais, transferir-se para o inquérito policial a dialética do processo penal com todas as garantias processuais, através do incidente de produção de prova antecipada.¹⁶⁶ Os elementos produzidos no inquérito policial servem de base para o oferecimento da denúncia, ou seja, eles acompanham a acusação ofertada pelo Ministério Público.

O valor dos elementos coligidos no curso do inquérito policial somente serve para fundamentar medidas de natureza endoprocedimental (cautelares etc.) e, no momento de admissão da acusação, para justificar o processo ou o não processo.¹⁶⁷ Isso porque, é impossível transferir para o inquérito policial toda dialética processual envolvida juntamente com suas garantias plenas.¹⁶⁸ Ademais, “o órgão acusatório brasileiro não tem tradição inovadora em matéria probatória em juízo, mas sim apenas se contenta à ratificação do já produzido na fase investigativa”,¹⁶⁹ circunstância que demonstra a necessidade de cautela na importância que venha a ser designada ao inquérito policial.

Fator preponderante para que os elementos do inquérito não tenham a mesma carga probatória dos outros elementos produzidos em juízo, é justamente a rasa

¹⁶⁵ SOUZA, David Tarciso Queiroz De. **A permeabilidade inquisitória do processo penal em relação aos atos de investigação preliminar**. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. Disponível em <http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/8548>. Acesso em: 10 jul. 2020.

¹⁶⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 159.

¹⁶⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 159.

¹⁶⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 159.

¹⁶⁹ VALLE, Vinícios Batista. **A devida fase investigativa constitucional e convencional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 97.

submissão aos princípios constitucionais vigentes. Destarte, por não observar os incisos LII, LIV, LV e LVI do artigo 5º e o inciso IX do art. 93, ambos da nossa Constituição, bem como o art. 8º da CADH, o inquérito policial jamais poderá gerar elementos de convicção valoráveis na sentença para justificar uma condenação.¹⁷⁰ Inclusive, é absolutamente inconcebível que os atos praticados por uma autoridade administrativa, sem a intervenção do órgão jurisdicional, tenham valor probatório na sentença.¹⁷¹

A verdade é que o inquérito policial não possui as garantias mínimas para que seus atos tenham valor probatório relevante. Nereu Giacomolli refere que após a reforma na legislação processual em 2008, os elementos produzidos na investigação preliminar, salvo as provas irrepetíveis e cautelares,

não constituem em provas, mas em argumentos de prova, isto é, somente poderão ser utilizados de forma subsidiária pelo magistrado, para secundar elementos colhidos sob o crivo do contraditório *in judicio*.¹⁷²

O modelo constitucional de processo penal brasileiro não permite que atos produzidos e originários da investigação preliminar possam ter valor probatório. Inclusive, o magistrado deverá formar a sua convicção

pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.¹⁷³

Veja-se que, a única possibilidade de utilizar na sentença prova produzida na investigação, são as provas irrepetíveis e antecipadas, sendo possível a condenação com base nos elementos produzidos no inquérito desde que não seja de forma exclusiva. Não se desconhece que a principal¹⁷⁴ problemática em torno dos elementos

¹⁷⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 160.

¹⁷¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 160.

¹⁷² GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal**. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 99.

¹⁷³ Artigo 155 do Código de Processo Penal.

¹⁷⁴ “O dispositivo, conforme se vê, quis efetivamente separar a prova do elemento informativo da investigação, inclusive ressaltando que esses não poderiam ser mencionados de maneira “exclusiva”, quando se utilizou o advérbio de mesmo radical. Estava claro que os elementos investigativos não poderiam ser objeto de valoração na sentença, caso a acusação, no contraditório, não conseguisse gerar a prova que se tinha como referência a partir das informações investigativas sobre o caso penal.

produzidos na investigação preliminar reside na circunstância de que são simplesmente acoplados à acusação e ali permanecem até o final do processo, *misturando-se* com a prova produzida em juízo. Ou seja, não é possível utilizar, exclusivamente, dos elementos produzidos na investigação para fundamentar a decisão, à exceção das provas cautelares. Nesse aspecto, os elementos do inquérito *não possuem valor de prova*.

Gustavo Badaró faz uma distinção entre provas pré-constituídas e constituídas. Segundo o autor, “toda vez que o elemento de informação colhido no inquérito policial diga respeito a uma fonte real, por se tratar de uma prova pré-constituída, é perfeitamente possível ao juiz penal valorá-lo no momento de sentenciar”.¹⁷⁵ Como, por exemplo, contratos, recibos, cartas e documentos, que tenham sido carreados pela investigação, posteriormente poderão ser valorados na sentença, respeitando o direito ao contraditório durante a instrução criminal.

Diferente é a situação das “provas constituídas, que decorram de fontes pessoais e devam ser produzidas em contraditório de partes, perante o juiz da causa”,¹⁷⁶ não podendo ser valoradas na sentença, em razão da produção não se dar em contraditório judicial e perante um juiz imparcial. Gustavo Badaró assevera que, “quando muito, tal depoimento poderá servir de confronto, com outro prestado em contraditório de partes perante o juiz, para, a partir de contradições e divergências de conteúdo, dar-se maior, menor ou mesmo nenhum peso”,¹⁷⁷ circunstâncias que impossibilitam qualquer valoração do depoimento proferido no inquérito policial, ao invés da versão prestada em juízo.

Contudo, a interpretação literal do dispositivo passou a prevalecer, operando-se verdadeira hipótese de quebra do sentido normativo da regra, porque o que os tribunais têm dito a respeito disso é que na sentença poderia o juiz mesclar, na fundamentação, informação da investigação e a prova processual, ainda que não se consiga produzir a mesma informação colhida unilateralmente no contraditório.” (SANTIAGO NETO, José de Assis Santiago; GUIMARÃES, Leonardo Avelar. Ao mestre com carinho: como a obra de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho contribui para a refundação do processo penal. *In* SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (org.). **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil**: escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. v. 5, p. 560). Ver também: LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2020, p. 195-19; e POLI, Camilin Marcie de. **O inquérito policial e sua utilização na fase processual penal**: (des)conformidade com o devido processo legal. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 178.

¹⁷⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 425.

¹⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 426.

¹⁷⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 426.

Com a implementação do juiz de garantias¹⁷⁸ no processo penal brasileiro, a figura do inquérito policial mudou drasticamente. Os expedientes que compõem a atuação do juiz de garantias não acompanham os autos do processo principal encaminhado ao juiz da instrução e julgamento. Assim, a acusação ofertada pelo Ministério Público é encaminhada de forma autônoma, “ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado”.¹⁷⁹

Entende-se, portanto, que somente os documentos relativos às provas irrepetíveis e medidas de obtenção de prova é que serão juntados ao processo. Inclusive, não poderá o Ministério Público juntar, após a instrução do processo, os autos do inquérito policial como se documentos fossem, tratando-se de uma manipulação do procedimento.

Todos os elementos produzidos no inquérito, salvo as exceções das provas irrepetíveis e antecipadas, bem como as provas pré-constituídas submetidas ao contraditório judicial, são elementos de informação, não possuindo valor probatório passíveis de serem valorados exclusivamente na decisão judicial sobre o caso penal.

O valor probatório dos elementos produzidos no inquérito e da prova penal serão avaliados posteriormente pelo julgador na prolação da sentença. O magistrado, a partir do livre convencimento,¹⁸⁰ realizará a valoração dos elementos e prova produzidas no processo. É nesta fase que uma das garantias processuais transcende ainda mais, que é da fundamentação das decisões judiciais. A motivação das decisões

¹⁷⁸ Não se desconhece a suspensão por prazo indeterminado da implementação do juiz de garantias através da decisão liminar proferida pelo Ministro Luiz Fux, em medida cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6299. Contudo, como não há decisão de mérito sobre a constitucionalidade ou não das medidas trazidas na Lei nº 13.964/2019, será pontuado no presente trabalho as consequências e reflexos das alterações trazidas pela nova legislação.

¹⁷⁹ Conforme consta no CPP: “Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código. [...] § 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado”.

¹⁸⁰ “Como é primário, há, historicamente, três princípios que orientam a regência da dita apreciação, em que pese não necessariamente em tal ordem cronológica: (i) o valor das provas é dado pelo juiz, que, livremente, empresta a ela a sua subjetividade: trata-se do princípio da convicção íntima ou certeza moral; (ii) o valor das provas é atribuído taxativamente pela lei; (iii) o valor das provas é atribuído livremente pelo juiz, a partir da sua livre convicção pessoal, porque não há como ser diferente, na estrutura atual do processo, mas todas as decisões devem ser fundamentadas: trata-se do princípio do livre convencimento ou da convicção racional” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, a. 30, n. 30, p. 163-198, 1998, p. 196).

judiciais é o “principal parâmetro tanto da legitimação interna ou jurídica quanto da externa ou democrática da função judiciária”.¹⁸¹ Esta é uma garantia de que a decisão do magistrado deverá estar fundamentada, ou seja, deverá fazer a análise das provas e externalizar através do mérito, a partir do seu livre convencimento, “as razões pelas quais determinada decisão há de ser adotada”.¹⁸²

Não se desconhece os problemas envolvendo o livre convencimento judicial. Como sustenta Gustavo Badaró, “em seu desenvolvimento, o livre convencimento sofreu uma grande mutação, que o transformou de uma garantia de liberdade em um instrumento de arbítrio”¹⁸³ e que “para corrigir esses abusos, a epistemologia é de grande importância, por fornecer um método racional de valoração da prova, possibilitando o controle e, conseqüentemente, limitando esse arbítrio judicial”.¹⁸⁴ Na mesma toada é a posição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, ao afirmar que “vale salientar que o princípio do livre convencimento não deve implicar numa valoração arbitrária da prova por parte do juiz”.¹⁸⁵

Inobstante o recém afirmado, não se aprofundará sobre os problemas envolvendo o princípio do livre convencimento. Contudo, a fundamentação das decisões implica no conhecimento da motivação do julgador para o caso penal e valor probatório dos elementos do inquérito policial no convencimento do juiz. Ao mesmo tempo que garante o conhecimento das razões da decisão, não impede que o magistrado utilize subterfúgios para a utilização dos elementos coligidos no inquérito policial para fundamentar a decisão condenatória, casos clássicos como “cotejando a prova dos autos com os elementos do inquérito”, comumente vistos em decisões judiciais. Isso porque, como já exposto nos tópicos acima, ainda persiste o caráter inquisitório do processo penal que permite o juiz valorar os elementos do inquérito, desde que não ocorra de forma exclusiva.

Como adverte Nelson Jacinto de Miranda Coutinho,

¹⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do garantismo penal. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 574.

¹⁸² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 363.

¹⁸³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e contextos probatórios**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 209.

¹⁸⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e contextos probatórios**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 209-210.

¹⁸⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, a. 30, n. 30, p. 163-198, 1998, p. 197.

faz-se imprescindível reconhecer que o princípio do livre convencimento pode ser manipulado pelo julgador, razão por que a consciência de tanto é necessária a fim de controlar-se, dando efetividade à garantia constitucional.¹⁸⁶

A investigação preliminar tem, como já sublinhado, como principal objetivo fornecer elementos para o oferecimento ou não da acusação. Todos os atos investigatórios são direcionados para o descobrimento das circunstâncias que envolvem o fato, seja pela busca de elementos de materialidade ou até mesmo de autoria. Pelas circunstâncias do procedimento, a investigação preliminar limita o contraditório e a atuação da defesa, sendo mais um instrumento estatal voltado a subsidiar o órgão titular da ação penal.

Como visto, o resultado obtido com a investigação, salvo as provas antecipadas e irrepetíveis, não possuem valor probatório, sendo meros elementos informativos. Justamente pelo caráter da investigação e por não haver dúvida de que qualquer decisão judicial é um ato de poder,¹⁸⁷ o magistrado não poderá valorar as informações obtidas com o inquérito na decisão judicial, ocasião que, com base no princípio da livre convicção, deverá fundamentar o mérito explicando todos os seus fundamentos.

1.7 Juiz das Garantias: Controle Probatório dos Autos e Sistema Acusatório

O processo penal brasileiro passou por reformas pontuais, desde a promulgação do Código de Processo Penal, em 1941. Nos últimos anos, 14 países latino-americanos reformaram integralmente sua legislação processual penal, entre eles, Paraguai, Chile e Colômbia.¹⁸⁸ No caso brasileiro, isso não ocorreu.

A mais recente alteração teve lugar com a promulgação da Lei nº 13.964/2019, a qual pode ser considerada a mais profunda reforma no sistema processual penal brasileiro, tendo em vista a introdução de institutos relevantes no sistema processual,

¹⁸⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, a. 30, n. 30, p. 163-198, 1998, p. 197.

¹⁸⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. Decisão judicial e medidas cautelares pessoais: em busca de um modelo decisório ideal. *In: In: VAZ, Denise Provasi et al (org.). **Eficiência e garantismo no processo penal**: Estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes.* São Paulo: LiberArs, 2017, p. 292.

¹⁸⁸ MELCHIOR, Antônio Pedro; CARVALHO, Marco Aurélio de. Juiz de Garantias e Mentalidade Inquisitória. **Estadão**, São Paulo, 01 fev. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/juiz-de-garantias-e-mentalidade-inquisitoria/>. Acesso em: 07 fev. 2020.

entre eles, o “juiz das garantias”¹⁸⁹. Assim, temos que o “Pacote Anticrime” implementou duas importantes diretrizes no que se refere ao controle probatório na fase preliminar: (i) juiz das garantias e (ii) exclusão física do inquérito policial da ação penal. Essas duas circunstâncias, embora sejam figuras distintas, estão interligadas e ocasionam um reflexo profundo no sistema processual.

Se antes da Lei nº 13.964/2019 o inquérito policial acompanhava a denúncia e, posteriormente, era anexado na ação penal automaticamente, a nova disposição do artigo 3º-C, §3º determina a permanência do inquérito policial em secretaria, “à disposição do Ministério Público e da defesa”, e que “não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento”.¹⁹⁰ Logo, uma nova sistemática foi criada visando efetivamente consagrar o sistema acusatório emanado da Constituição Federal.

O valor probatório dos elementos coligidos na investigação será destinado única e exclusivamente para formação da *opinio delicti*, não mais acompanhando a ação penal como se fossem documentos juntados pela acusação.

Aliás, importante mencionar que pelo texto legal da nova legislação, não poderá o expediente investigativo ser juntado posteriormente, como se fossem documentos.¹⁹¹ A norma sancionada é categórica em determinar que o inquérito policial deverá ser acautelado na secretaria do juízo.¹⁹²

A alteração legislativa também fulmina com a utilização dos elementos informativos do inquérito, “cotejados” com a prova produzida em juízo, para prolação da sentença. Agora o magistrado somente poderá utilizar os elementos produzidos em juízo, à exceção das provas irrepetíveis ou antecipadas. Como refere Aury Lopes Junior, “somente através da exclusão física dos autos da investigação é que se evitará a condenação baseada em meros atos de investigação, ao mesmo tempo em que se efetivará a sua função endoprocedimental”.¹⁹³

¹⁸⁹ A “luta” pela implementação do juiz das garantias não é recente, sendo defendida, no mínimo, desde o PL nº 156/2009, embora alguns autores defendam a inclusão desta figura há mais tempo, como Aury Lopes Junior, desde 1999.

¹⁹⁰ BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

¹⁹¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2020, p. 199.

¹⁹² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2020, p. 199.

¹⁹³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2020, p. 198.

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.¹⁹⁴ As consequências desta medida são extremamente favoráveis à manutenção da originalidade cognitiva do juiz,¹⁹⁵ sem a influência de elementos externos aos produzidos em juízo.

Nesta perspectiva, há uma visível exclusão dos autos da investigação do acompanhamento do processo penal e de todos os elementos que serão produzidos em contraditório judicial, além, é claro, da mudança de julgador pelo fato de que o magistrado que atuou em determinado expediente como juiz de garantias, ficará impedido de atuar no processo, conforme disciplina do artigo 3º - D da Lei nº 13964/19.¹⁹⁶

Como já sublinhado, a implementação do juiz de garantias consagra o sistema acusatório, preservando a imparcialidade¹⁹⁷ do magistrado e impedindo a contaminação dos autos com elementos produzidos sem contraditório. A finalidade da instituição do juiz das garantias, portanto, além de permitir a especialização de órgãos do Judiciário, é possibilitar que o primeiro contato do juiz com o caso penal seja, originalmente, mediante um processo em contraditório.¹⁹⁸ Assim, o magistrado somente terá contato com as provas irrepetíveis e antecipadas.

¹⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado**. Lei 3.964/2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 49.

¹⁹⁵ “Enquanto não houver preservação da originalidade cognitiva do juiz - o que somente é possível com juízes diferentes para as fases pré-processual e processual, a fim de que o julgador do caso conheça dos fatos livre de pré-juízos e pré-conceitos formados pela versão unilateral e tendenciosa do inquérito policial -, o processo penal brasileiro não passará de um jogo de cartas marcadas e de um faz de conta que existe contraditório” (LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. Juiz das garantias: para acabar com o faz-de-conta-que-existe-igualdade-cognitiva. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 28, n. 330, p. 29-30, mai. 2020, p. 29).

¹⁹⁶ “Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo. Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo”.

¹⁹⁷ Como refere Miguel Reale Júnior: “Se a intervenção do juiz deve ser a mais equidistante possível para colocar-se acima das partes e dos seus interesses, para vir, no silêncio de sua consciência, a solucionar, sem partir de nenhuma predisposição inicial, as dúvidas que o confronto de pretensões suscita, cumpre, então, impedir que seja contaminado por qualquer ato prévio comprometedor de sua isenção” (REALE JÚNIOR, Miguel. O juiz das garantias. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 10, n. 43, p. 100-113, out./dez. 2011, p. 101).

¹⁹⁸ REIS, Jordan Vilas Boas; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. Apontamentos sobre o juiz das garantias. **Revista Bonijuris**, Curitiba, v. 31, n. 656, p. 100-108, fev./mar. 2019, p. 103. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=149212. Acesso em: 1 jul. 2020.

II MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA E PROVA ANTECIPADA NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

A legislação brasileira possibilita métodos e meios de obtenção de prova que ficam à disposição da Autoridade Policial. Alguns meios de obtenção possuem regulamentação própria e incidência restrita a determinados crimes. O resultado da investigação com a utilização destes meios de obtenção será uma prova sem contraditório e sem possibilidade de repetição. Contudo, o Código de Processo Penal brasileiro também dispõe da possibilidade de antecipação do momento probatório com a chamada prova antecipada. Essa interligação entre provas irrepetíveis e meios de obtenção de provas é um tema complexo, com necessidade de aprofundamento especialmente após a implementação de novas tecnologias na investigação.

2.1 Meios Atípicos de Obtenção de Prova e Produção de Elementos de Prova no Processo Penal Brasileiro: A Evolução dos Métodos Investigatórios no Inquérito Policial

É perceptível que novas tecnologias são incorporadas no âmbito social diariamente, desenvolvendo um complexo sistema influenciado pela ciência.¹⁹⁹ Essa mutação social ocorrida nos últimos anos alterou as características da sociedade moderna e “*dicha sociedad se caracteriza fundamentalmente por su complejidad, transnacionalidad, dinamicidad en su economía, multiplicidad de interconexiones causales y existencia de una alta intervención de colectivos*”,²⁰⁰ a chamada sociedade “4.0”.²⁰¹

A evolução da criminalidade organizada e violenta, juntou-se à crescente ameaça de terrorismo, ao fenômeno da globalização e, acima de tudo, à disseminação

¹⁹⁹ Como refere Eduardo Riboli: “Desde as últimas décadas do século XX, a evolução tecnológica e científica e o processo de mundialização foram, e ainda são, responsáveis por reestruturar incontornavelmente a forma como vivemos no mundo atual. As constantes transformações ocasionadas por estes dois fenômenos são de indiscutível valor social, os avanços tecnológicos e informáticos ampliaram e agilizaram os canais de comunicação e de transporte, revolucionando, assim, a economia, a circulação de pessoas, de bens e informações” (RIBOLI, Eduardo Bolsoni. Eu sei o que vocês fizeram no verão passado: o uso de software de espionagem como meio de obtenção de prova penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 91-139, jun. 2019, p. 91. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151438. Acesso em: 2 jul. 2020.

²⁰⁰ JIMÉNEZ DÍAZ, María José. Sociedad del riesgo e intervención penal. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 16-08, p. 08:1-08:25, 2014, p. 2. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

²⁰¹ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016, p. 16.

de novas tecnologias, aptas a fomentar a prática de ilícitos e reduzir a possibilidade de detecção dos mesmos.²⁰² Além do aparato tecnológico envolvido, a nova criminalidade organizada *“tiene a su disposición todos los in gentes recursos económicos con los que en muchos casos cuenta, así como una amplia gama de avances técnicos que facilitan enormemente la comisión de actividades delictivas”*.²⁰³ Se de um lado há o emprego de altas cifras pelas organizações criminosas na modernização das práticas delitivas, as políticas públicas de enfrentamento à criminalidade organizada também se modificaram ao longo do tempo, direcionando-se ao combate do crime organizado.

Paulo Soares afirma que, atualmente, há um avanço e surgimento de novas formas de criminalidade, nas mais diversas áreas e domínios, cuja estrutura organizacional ocasiona inúmeras dificuldades na obtenção de provas, surgindo a necessidade de o Estado buscar equilibrar o cenário através de novos meios tecnológicos de obtenção de prova.²⁰⁴

A crise e a desconfiança nas instituições acarretam políticas criminais de urgência visando dar uma resposta aos anseios sociais sem a necessária avaliação das suas consequências, principalmente no âmbito dos direitos fundamentais e os reflexos no encarceramento em massa.

No campo do Direito Penal, criam-se figuras típicas ou atua-se no aumento das reprimendas penais com a ilusão de que penas maiores serão eficazes no combate e prevenção à criminalidade. Desde 2010, Alexandre Wunderlich e Salo de Carvalho já alertavam que *“o produto normativo das legislações de pânico demonstra-se em visível desobediência à necessária limitação das fontes de criação de proibições penais, mormente à regra de codificação”*.²⁰⁵

²⁰² RAMALHO, David Silva. **Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital**. Almedina: Coimbra, 2017, p. 202.

²⁰³ Tradução livre: “O novo crime organizado tem à sua disposição todos os recursos econômicos que possui em muitos casos, bem como uma ampla gama de avanços técnicos que facilitam enormemente a prática de atividades criminosas” (GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, José Luis. Reflexiones sobre el proyecto de ley orgánica de modificación de la Lecrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 17-06, p. 1-41, 2015, p. 21. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/17/recpc17-06.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020).

²⁰⁴ SOARES, Paulo. **Meios de obtenção de prova no âmbito das medidas cautelares e de polícia**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 123.

²⁰⁵ WUNDERLICH, Alexandre Lima; CARVALHO, Salo de. Reformas legislativas e populismo punitivo: é possível controlar a sedução pelo poder penal? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 18, n. 214, p. 10-11, set. 2010, p. 10.

Mais recentemente, Salo de Carvalho aponta um dos problemas centrais das reformas penais, que é a

absoluta ausência de *accountability*: não há transparência nas justificativas; não se medem resultados; não se prestam contas; não se analisam experiências anteriores para projetar ações futuras. Em síntese: inexistente responsabilidade político-criminal.²⁰⁶

A verdade é que, nos momentos de crise, o Estado se socorre do direito penal, ignorando seu princípio de *ultima ratio*,²⁰⁷ e colocando em risco direitos e garantias fundamentais.²⁰⁸ E sem nenhum estudo, projeção, análise sobre os resultados de outras reformas. Para combater as legislações penais de emergência, Wunderlich e Carvalho sugerem que “a técnica de Reserva de Código criaria verdadeira barreira contra propostas legislativas de emergência que invariavelmente oferecem respostas meramente emotivas, geradas em casos episódicos”.²⁰⁹

No campo do direito processual penal não é diferente.²¹⁰ Cezar Roberto Bittencourt adverte que

²⁰⁶ CARVALHO, Salo de. A estrutura lógica e os fundamentos ideológicos do sistema de penas no Projeto de Lei Anticrime. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 64, n. 3, p. 161-192, set./dez. 2019, p. 171. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/66656>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

²⁰⁷ Juarez Cirino dos Santos adverte: “A proteção de *ultima ratio* de bens jurídicos pelo Direito Penal é limitada pelo princípio da proporcionalidade, que proíbe o emprego de sanções penais desnecessárias ou inadequadas”. (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 6).

²⁰⁸ Crítica ainda atual de Fabio D’Ávila: “O resultado desse conjunto de conflitos de diferentes ordens, dimensões e intensidades, somado a uma já longa ausência de medidas responsáveis por parte do Estado – mazelas sociais por anos negligenciadas e que hoje já não mais aceitam soluções a curto prazo – é a conversão do país em um amplo laboratório social, em que as relações pessoais e institucionais, catalisadas, como vimos, por elementos urbanos incomuns, abrem amplos espaços de tensão e assumem cores e contrastes invulgares. Ou, mais propriamente, onde os interesses políticos do Estado no combate à criminalidade se mantêm em contínua tensão com os direitos e garantias fundamentais, acabando, muitas vezes, por prevalecer sobre estes, quer gerando pequenas violações a princípios e regras fundamentais, geralmente, percebidos e combatidos apenas em âmbito técnico, quer gerando atos de explícita e acintosa arbitrariedade.” (D’ÁVILA, Fabio Roberto. **O Direito e a legislação penal brasileira no Séc. XX**. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. **Criminologia e sistema jurídico-penais contemporâneos**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre, 2012, p. 263).

²⁰⁹ WUNDERLICH, Alexandre Lima; CARVALHO, Salo de. Reformas legislativas e populismo punitivo: é possível controlar a sedução pelo poder penal? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 18, n. 214, p. 10-11, set. 2010, p. 10.

²¹⁰ “Eis um fato inegável: a tendência de apequenamento de garantias, sob o pretexto de combater novas formas de criminalidade. Tudo isso, como se a criminalidade mais grave, a que mais afeta aquela relação ontoantropológica de cuidado de perigo, não fosse ainda aquela criminalidade mais tradicional, com a violação da vida, da integridade física, da liberdade e do patrimônio das pessoas. Deve-se, portanto, fazer uma distinção entre uma eficiência “ideal” e a eficiência meramente instrumental pretendida pelos tempos atuais. A primeira há de ser vista dentro do contexto que expressamos, numa unidade de sentido equilibrada pela busca da justiça e da paz jurídica, temperada pela função de proteção dos bens jurídicos, o que é próprio de uma concepção mais liberal. Outra é aquela eficiência

tradicionalmente as autoridades governamentais adotam uma política de exacerbação e ampliação dos meios de combate à criminalidade, como solução de todos os problemas sociais, políticos e econômicos que afligem a sociedade.²¹¹

Aury Lopes Junior expõe a crise do processo penal “especialmente pela ineficácia da base principiológica da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos”.²¹²

É perceptível o momento sensível que a sociedade está vivenciando, na medida em que há um verdadeiro desrespeito à Constituição Federal, autorizando-se a quebra de sigilos telefônicos, fiscais, bancários, ante a mera suspeita de irregularidades.²¹³ A busca por novos meios de obtenção de prova, especialmente métodos ocultos, alteraram profundamente o cenário em comparação com o século passado, considerando as inúmeras mudanças que ocorreram nos métodos investigativos devido principalmente ao aporte científico à metodologia da persecução criminal. É nesse contexto de minimização de garantias e aumento da incidência da tutela penal que inúmeros órgãos do aparato estatal são afetados com a expansão do controle do Estado nas relações cotidianas.²¹⁴

Dentro dessa evolução legislativa e tecnológica, a Lei nº 12.850/13 é um exemplo do avanço dos meios de obtenção de prova,²¹⁵ com sua aplicação

meramente instrumental e que repercute, de forma direta, no processo penal, uma eficiência própria de um sistema jurídico despreocupado com certas garantias que foram conquistadas com sacrifícios e adversidades. Essa eficiência pretende vulgarizar garantias em detrimento do "combate à corrupção e ao crime", de forma a "reduzir a criminalidade" e a "sensação de impunidade". Trata-se de uma fortíssima e sedutora ideia que credita à eficiência funcional ou instrumental a redução da criminalidade e a celeridade processual.” WEDY, Miguel. Eficiência, garantias e justiça no processo penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 52, p. 165-186, jan./mar. 2014, p. 168.

²¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 646.

²¹² LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: Introdução crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 91.

²¹³ PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (org.). **Criminalidade Organizada**. São Paulo: Almedina. 2017, p. 204.

²¹⁴ “Hoy en día el desarrollo de la tecnología ha potenciado, por una parte, el desarrollo de herramientas que permiten la recolecta masiva de información y, por otra parte, la creación de registros y su manipulación en un entorno digital en el que su interconexión y disponibilidad se ven magnificados. Se alimenta así el mundo “virtual del mundo “físico” en el que convivimos, no siempre (o casi nunca) con las debidas garantías. Destacamos, sin ánimo de exhaustividad, las siguientes manifestaciones de esta realidad” (BARINAS UBIÑAS, Désirée. El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en el derecho a la vida privada: Las nuevas formas de ataque a la vida privada. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 15-09, p. 09:1-09:60, 2013, p. 09: 5. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-09.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2019).

²¹⁵ André Machado Maya, ao analisar a evolução legislativa das últimas duas décadas no Brasil, refere que: “Com vistos, a Lei nº 12.850/2013 representa um marco na repressão aos atos delituosos

basicamente restrita à persecução penal que tenha como objeto a criminalidade organizada na forma definida no diploma legal.²¹⁶ Refere-se que tal norma “quase se limita a ser uma lei sobre investigação e meios de obtenção de provas”.²¹⁷ Nesse sentido, afirma Eliomar Da Silva Pereira:

É nesse contexto que se insere boa parte das provas não-repetíveis, decorrentes de técnicas ocultas de investigação e de provas periciais, que vêm adquirindo no processo penal uma grande proeminência na medida em que os códigos processuais contemporâneos tendem a fazer concessões maiores ao valor dessa prova, mesmo quando ela foi produzida em condições insatisfatórias de contraditório, na fase de investigação criminal.²¹⁸

A bem da verdade, à medida que o criminoso deixou de reconhecer os limites das fronteiras dos Estados, a investigação criminal se tornou mais complexa, ao passo que a configuração do dano passou a dispensar a presença física do autor.²¹⁹ Nereu Giacomolli salienta que o episódio marcado na história dos Estados Unidos da América, no dia onze de setembro de 2001, acarretou uma mudança de postura no que se refere à aceitabilidade de certas práticas não republicanas para desvelar e reprimir a criminalidade transnacional, especialmente os atos tidos como terroristas.²²⁰

Ainda que os crimes transnacionais devam ser repreendidos, “o Estado Constitucional e Democrático de direito exige a obediência a regras”.²²¹ José Manuel Damião Cunha é enfático ao ressaltar que as alterações no domínio da criminalidade

praticados por organizações criminosas no Brasil. Passadas quase duas décadas da promulgação da Lei nº 9.034/1995, agora expressamente revogada, a novel legislação supriu lacunas que na prática inviabilizavam a plena efetividade das medidas de investigação e obtenção de prova já tipificadas no ordenamento jurídico. Além disso, inovou ao estabelecer deveres gerais de conservação de dados públicos e privados, bem como ao possibilitar o seu acesso pelas autoridades responsáveis pela persecução penal, em alguns casos afastando inclusive a necessidade de prévia autorização judicial”. (MAYA, André Machado. O processo penal na sociedade de risco: a persecução penal no Brasil entre os ideais de liberdade e segurança. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n 73, p. 197-222, abr./jun. 2019, p. 209).

²¹⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito. 2017, p. 584.

²¹⁷ PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (org.). **Criminalidade Organizada**. São Paulo: Almedina. 2017, p. 205.

²¹⁸ PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (org.). **Criminalidade Organizada**. São Paulo: Almedina. 2017, p. 204.

²¹⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). **II Congresso de processo penal, memórias**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 83.

²²⁰ PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (org.). **Criminalidade Organizada**. São Paulo: Almedina. 2017, p. 166.

²²¹ PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (org.). **Criminalidade Organizada**. São Paulo: Almedina. 2017, p. 166.

e na utilização de novos meios potencializados necessitam de soluções legislativas que resultem em respostas eficazes no campo da investigação criminal.²²²

Neste sentido, o art. 3º da Lei nº 12.850/2013²²³ contém um rol de meios de obtenção de prova, com requisitos ainda obscuros e com regulamentação precária, restando a encargo do juiz competente estabelecer seus limites e vetores. Gustavo Badaró alerta para a nítida invasão de privacidade dos meios de obtenção de prova, até então não regulamentados totalmente, ressaltando que a probabilidade de êxito na obtenção da prova deve ser um fator preponderante na escolha por determinado método excepcional, juntamente com a verificação da impossibilidade de utilização de outros meios de prova menos invasivos.²²⁴ Segundo o referido autor:

Em uma escala crescente, pode-se trabalhar com “modelo de constatação” ou “critérios de convencimento”, ou ainda, “standards probatórios” variados: (i) simples “preponderância de provas” (*preponderance evidence*), que significa a mera probabilidade de um fato ter ocorrido; (ii) “prova clara e convincente” (*clear and convincing evidence*), que pode ser identificada como uma probabilidade elevada; (iii) e “prova além da dúvida razoável” (*beyond a reasonable doubt*), como uma probabilidade elevadíssima, que muito se aproxima da certeza.²²⁵

Ou seja, mesmo que a Lei nº 12.850/2013 não discipline nenhum *standard*²²⁶ probatório exigido para a utilização de meios especiais de obtenção de prova, é

²²² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). **II Congresso de processo penal, memórias**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 89.

²²³ “Art. 3.º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I - colaboração premiada; II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III - ação controlada; IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal. (BRASIL. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 10 set. 2019).

²²⁴ AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas. **Crime Organizado**. Análise da Lei 12.850. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 21.

²²⁵ BADARÓ, Gustavo. Hipóteses que autorizam o emprego de meios excepcionais de obtenção de prova. In AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas. **Crime Organizado**: Análise da Lei 12.850. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 21.

²²⁶ “Por *modelos de controle do juízo de fato* (ou *standards, critérios etc.*) provisoriamente definimos enunciações teóricas capazes de ensejar o controle da convicção judicial objeto de uma determinada decisão. Por seu intermédio, ao invés de os partícipes de uma relação processual simplesmente pretenderem a prevalência de uma convicção sobre a outra (p. ex., a do Tribunal sobre a do Juiz; a do autor sobre a do réu etc.), cria-se um complexo de regras lógicas de caráter auxiliar, capazes de

necessário um regramento mínimo para a aplicação de meios invasivos na investigação. A promulgação do chamado pacote anticrime, previsto na Lei nº 13.964/2019, ocasionou modificações nos meios de obtenção de prova dispostos na Lei nº 12.850/2013. Não se tem por objetivo dirimir todas as alterações, mas há a inclusão de dispositivos com o fito de regulamentar os meios de obtenção de prova, casos da colaboração premiada e ação infiltrada de agentes.²²⁷

Sob o tema das técnicas excepcionais de investigação, incluindo os meios de obtenção de provas ocultos, Nereu Giacomolli admite a possibilidade desde que tenham aderência constitucional e convencional.²²⁸ Apenas fazendo um paralelo com a legislação de Portugal, o Código de Processo Penal português admite “todas as provas que não forem proibidas por lei”, inteligência do artigo 125 do CPP. Paulo de Sousa Mendes assegura se tratar de uma liberdade ilusória²²⁹ pois a única liberdade existente é relativa à escolha dos meios de prova já tipificados e que forem adequados ao caso concreto.²³⁰

Outrossim, na medida em que novos métodos de obtenção de prova são criados, obstáculos vão surgindo com o objetivo de mascarar e ocultar os delitos, especialmente aqueles perpetrados em ambiente digital. Burkhad Schafer e Stephen Mason denominam como medidas anti-forenses, que seria

qualquer técnica, ferramenta, *hardware* ou *software* que previne ou atrasa a análise forense de um suporte de dados e afeta negativamente a existência, quantidade, autenticidade ou qualidade da prova de um computador.²³¹

estabelecer um arsenal crítico comum para o debate acerca da convicção.” (KNIJNIK, Daniel. OS “STANDARDS” DO CONVENCIMENTO JUDICIAL: PARADIGMAS PARA O SEU POSSÍVEL CONTROLE. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**, Porto Alegre, [s.d.]. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>. Acesso em: 20 out. 2019).

²²⁷ O art. 3º-B, 10-A, 10-B, 10-C e 10-D da Lei nº 12.820/2013, apenas para exemplificar, são decorrentes da reforma operada pela Lei nº 13.964/2019 que busca o “aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal”.

²²⁸ PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (org.). **Criminalidade Organizada**. São Paulo: Almedina. 2017, p. 166.

²²⁹ MENDES, Paulo de Sousa. **Lições de Direito Processual Penal**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 173.

²³⁰ MENDES, Paulo de Sousa. **Lições de Direito Processual Penal**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 174.

²³¹ SCHAFFER; MASON, 2012, p. 53 apud RAMALHO, David da Silva. **Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital**. Almedina: Coimbra, 2017, p. 151. Ver também RIBOLI, Eduardo Bolsoni. Eu sei o que vocês fizeram no verão passado: o uso de software de espionagem como meio de obtenção de prova penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 91-139, jun. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151438. Acesso em: 2 jul. 2020.

Segundo David Silva Ramalho, há duas principais medidas anti-forenses²³² destinadas a frustrar a atividade investigatória tendente à identificação do autor da prática de um ilícito criminal: anonimizadores e a utilização de moedas digitais, em especial o *bitcoin*. A primeira visa possibilitar uma navegação e atuação na Internet anônima, insusceptível de se associar a um específico sistema de informática, e a segunda, remunerar a atividade delituosa através de um pagamento direto entre as partes, sem a intervenção de qualquer entidade bancária.²³³

Da mesma forma que a criminalidade organizada avança na criação de mecanismos para a prática de delitos em um sistema cada vez mais complexo e de difícil resolução, a resposta estatal ocorre através de políticas criminais integradas com a implementação de mecanismos para ocultação e afastamento dos métodos investigatórios e cooperação entre os países.²³⁴

As evoluções da criminalidade ocasionaram as mudanças nas legislações penais e processuais penais. De um lado o combate ao crime organizado e a evolução da macrocriminalidade, do outro a criação de mecanismos e dispositivos processuais que respaldem ações efetivas por parte dos órgãos de segurança pública e no meio desta tensão os direitos fundamentais e os limites de atuação dos órgãos estatais. Inevitavelmente novas tecnologias e métodos de investigação serão incorporados na investigação criminal, devendo ter a sua devida regulamentação, garantindo-se, assim, os limites necessários ao seu desenvolvimento.

²³² “Ambas as medidas aqui indicadas são comumente excluídas pela doutrina especializada do conceito de medidas anti-forenses, em virtude da referida tendência para excluir deste conceito os mecanismos que visam frustrar a identificação da origem da atividade ilícita e a localização da prova.” (RAMALHO, David da Silva. **Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital**. Almedina: Coimbra, 2017, p. 53).

²³³ RAMALHO, David da Silva. **Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital**. Almedina: Coimbra, 2017, p. 153.

²³⁴ Nereu Giacomolli e Laura Rodrigues dos Santos analisam a cooperação jurídica internacional entre os países em matéria criminal e afirmam: “O surgimento de blocos econômicos, o incremento da circulação dos ativos financeiros, a queda das fronteiras políticas entre os Estados e o surgimento de redes de comunicações trouxeram a necessidade da cooperação jurídica internacional. A afirmação do Estado de Direito também se dá por meio da intervenção efetiva de um governo. Esta, em razão da transnacionalização do crime necessita, cada vez mais, do auxílio de outros países. A cooperação na investigação e na incidência da potestade punitiva se insere na solidariedade internacional e na afirmação e preservação da soberania estatal da autoridade requerente da cooperação jurídica, na medida da existência de interesse na preservação do Estado de Direito, de sua ordem jurídica e de sua justiça.” (GIACOMOLLI, Nereu; SANTOS, Laura Rodrigues dos. Cooperação jurídica internacional em matéria criminal: autoridades centrais, das rogatórias ao auxílio direto. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 46, p. 98-116, jul./set. 2012, p. 100).

2.2 Meios Atípicos de Obtenção de Prova e Produção de Elementos de Prova na Investigação Preliminar: Definições Legais

A função da investigação preliminar é produzir elementos da existência do fato criminoso e da respectiva autoria para subsidiar eventual acusação. Em investigações complexas envolvendo a criminalidade organizada, além dos atos de investigação, diferentes métodos de obtenção de prova são utilizados pela autoridade policial, seguindo o rol taxativo do Código Penal e das legislações extravagantes. Por certo é que existem diretrizes para a utilização de tais métodos, devendo ser observado o princípio da proporcionalidade e optar-se por aquele que tiver menor incidência na intimidade e privacidade do investigado.

Sob esse prisma, é necessário elucidar e trazer alguns conceitos e definições sobre os meios de obtenção de provas e a produção de tais elementos na investigação preliminar. No sistema do Código de Processo Penal, a busca e apreensão é o único meio de obtenção²³⁵ de prova regulado pela legislação de 1941, embora elencada entre os meios de prova.²³⁶ Há outros meios de obtenção de prova previstos em leis especiais que surgiram ao longo dos anos com a evolução dos métodos investigativos e da tecnologia aplicada à investigação criminal.²³⁷

Antônio Magalhães Gomes Filho define que “os meios de prova referem-se a uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento das partes, visando a introdução e a fixação de dados probatórios no processo.” Já os meios de pesquisa ou investigação “dizem respeito a certos procedimentos (em geral, extraprocessuais) regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários”.²³⁸

²³⁵ Badaró e Antonio Magalhães Gomes Filho também afirmam que a busca e apreensão e a interceptação telefônica não são meios de prova, e sim medidas cautelares visando assegurar a produção da prova (GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 65, p. 175-208, mar./abr. 2007, p. 180).

²³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 393.

²³⁷ Apenas a título de exemplo: colaboração premiada, agente infiltrado, agente infiltrado virtual, captação ambiental.

²³⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanóide de (coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 315.

Ainda, trazendo a definição inserida na lei processual penal italiana, Antonio Magalhães Gomes Filho²³⁹ assevera que, com base na sobredita diferenciação, o Código de Processo Penal italiano de 1988 disciplinou em títulos diferentes os “*mezzi di prova*”, que seriam os testemunhos, perícias e documentos, e também os “*mezzi di ricerca dela prova*”, que não são por si só fontes de conhecimento, mas tem como finalidade a busca de coisas materiais, declarações, e que podem ter como destinatário a polícia judiciária ou o Ministério Público.

Segundo Gustavo Badaró, os meios de prova servem diretamente ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática, trazendo como exemplo o depoimento de uma testemunha. Já os meios de obtenção de prova são instrumentos para a colheita e obtenção de elementos ou fontes de prova, sendo estes últimos utilizados no processo para o convencimento do julgador. Em linhas gerais, “enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução dos fatos”.²⁴⁰

Seguindo na diferenciação, Gustavo Badaró aponta outro critério para realizá-la, a partir da afetação ou não de direitos fundamentais. Para o autor, a produção de um meios de prova lícito não ocasiona nenhuma interferência em direitos das partes, já que são instrumentos com ritos estipulados, sendo possível, assim, a sua inclusão no processo dos elementos de uma fonte de prova. Diferentemente dos meios de obtenção de prova, que são técnicas ocultas de investigação e que, sim, restringem direitos fundamentais do investigado, especialmente a sua intimidade e privacidade. Como, por exemplo, a quebra de sigilo bancário ou fiscal, em que há restrição à intimidade (CF, art. 5º, *caput*, X); busca domiciliar, que gera restrição à inviolabilidade do domicílio (CR, art. 5º, *caput*, XI); ou, ainda, a interceptação telefônica, realizada como exceção constitucionalmente prevista à liberdade de comunicação telefônica.²⁴¹

²³⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanóide de (coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 315.

²⁴⁰ BADARÓ, Gustavo. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coord.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 130.

²⁴¹ BADARÓ, Gustavo. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coord.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 130.

A bem da verdade, os meios de obtenção de provas tipificados observam uma série de requisitos e limites para sua utilização, como é o caso da busca e apreensão, que possui um capítulo dedicado às hipóteses legais de sua utilização. O ponto de conflito mira nos meios atípicos de obtenção de prova, ou seja, todos aqueles meios não previstos na legislação brasileira.

Com o passar dos anos e o avanço da criminalidade organizada, os meios de obtenção de provas tradicionais, em muitas situações, mostram-se ineficientes.²⁴² Diante desse cenário, é necessário avaliar se a autoridade policial poderá utilizar-se de meios atípicos para a busca de elementos, a fim de instruir a investigação preliminar.

As novas tecnologias forçaram o aprofundamento do debate em matéria de prova penal, na medida em que trouxeram uma complexa dinâmica ao processo por acelerar o fluxo de imaturos métodos de investigação.²⁴³ Para os fins desta pesquisa, é necessário fazer uma distinção conceitual a fim de esclarecer e delimitar a área de estudo. Veja-se que, após os esclarecimentos sobre os meios de prova e meios de obtenção de prova, é imprescindível buscarmos a definição acerca dos meios atípicos de obtenção de prova. Numa definição objetiva, meios atípicos de obtenção de prova poderia ser conceituado como todos aqueles meios que não estão previstos na legislação processual penal, seja no próprio Código de Processo Penal ou em legislações extravagantes.

Há também a possibilidade de ter uma terceira categoria,²⁴⁴ que são os *meios atípicos e ocultos de obtenção de prova irrepitível*. Nesta circunstância, o meio de obtenção de prova não é tipificado e não possui nenhuma regulamentação dos seus

²⁴² “Destarte, mostra-se necessário que os Estados ponderem sobre a eficácia dos meios de obtenção de prova à disposição em seu ordenamento jurídico e idealizem novos métodos capazes de ultrapassar os desafios erigidos pelas evoluções decorrentes da sociedade *mundializada* da informação, de modo a cumprir o seu dever de zelo pela segurança dos seus cidadãos, e, ao mesmo tempo, o dever de zelo pelos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos investigados.” (RIBOLI, Eduardo Bolsonaro. Eu sei o que vocês fizeram no verão passado: o uso de software de espionagem como meio de obtenção de prova penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 91-139, jun. 2019, p. 97. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151438. Acesso em: 2 jul. 2020).

²⁴³ EBERHARDT, Marcos. A (im)possibilidade do uso de malware como meio de obtenção de prova em face da alteração na lei 9.296/96 proposta pelo “pacote anticrime” e a necessidade de observância de balizas legislativas na legitimação de novos métodos investigativos. *In*: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto. **Garantias penais**: estudo alusivo aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019, p. 422.

²⁴⁴ Aury Lopes Junior refere a existência da categoria das provas irrepitíveis: por sua natureza, pelas circunstâncias específicas e por circunstâncias supervenientes. (LOPES Júnior, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 202).

limites e alcance, desenvolvendo-se de forma oculta. Ou seja, além de não ter tipificação e regulamentação, o meio atípico e oculto é operacionalizado sem nenhuma interferência ou suspeita por parte do investigado que sofre com a medida.

Paulo de Sousa Mendes evidencia a questão dos meios de obtenção de prova, sob o viés da legislação portuguesa, através de três espécies: (i) temas de prova proibidos, (ii) os meios de prova proibidos e (iii) os métodos de prova proibidos.²⁴⁵ Os temas de prova proibidos são aqueles que não devem ser investigados (p. ex. segredo de Estado) e os meios de prova proibidos são relacionados as proibições de produção de prova. Por fim, os métodos de prova proibidos são aqueles obtidos mediante procedimentos contrários aos direitos de liberdade.²⁴⁶ Ainda há uma divisão entre os métodos de prova *absolutamente* proibidos e *relativamente* proibidos, sendo que a flexibilização está centrada no consentimento do visado ou autorizado pela autoridade judicial.²⁴⁷

As disposições referidas por Paulo de Sousa Mendes estão sob o viés do artigo 125 do Código de Processo Penal de Portugal, que disciplina: “são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”.²⁴⁸ Em uma interpretação literal, pode externalizar uma “regra de liberdade probatória refletida na admissibilidade meios de prova”, sendo “geradora de graves assimetrias normativas”.²⁴⁹

Em recente estudo sobre novas tecnologias e enquadramento da prova no processo penal, analisando especificamente o GPS (Sistema de Posicionamento Global),²⁵⁰ Maria Beatriz Seabra de Brito defende que

os termos a que a aquisição e produção de prova (“modus” de aquisição) deve obedecer são indispensáveis à luz das garantias de

²⁴⁵ MENDES, Paulo de Sousa. **Lições de direito processual penal**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 178-179.

²⁴⁶ MENDES, Paulo de Sousa. **Lições de direito processual penal**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 179.

²⁴⁷ MENDES, Paulo de Sousa. **Lições de direito processual penal**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 179

²⁴⁸ Conforme artigo 125º do Código de Processo Penal de Portugal. (PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 78, de 17 de fevereiro de 1987**. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/124532379/202007140558/73759627/diploma/indice>.

Acesso em: 15 mai. 2020).

²⁴⁹ BRITO, Maria Beatriz Seabra de. **Novas tecnologias e legalidade da prova em processo penal: Natureza e enquadramento do GPS como método de obtenção de prova**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 47.

²⁵⁰ Tradução da sigla GPS (*Global Positioning System*).

defesa do arguido, contendo a sua ausência com o direito à prova em sentido lato.²⁵¹

E, ainda, que “os direitos de defesa do arguido, com o princípio da reserva de lei e legalidade, e com o princípio da proporcionalidade”.²⁵²

Sob este raciocínio, adverte a autora que o art. 125, “por consagrar (aparentemente) uma norma-regra da liberdade de meios de prova, habilita genericamente a introdução de meios atípicos de produção probatória” e conclui que “o art. 125 do CPP não se confunde e nem substitui a necessária habilitação legal expressa imposta pelo princípio da reserva de lei e da legalidade como pressuposto de validade das formas de aquisição probatória”.²⁵³

Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes, em livro oriundo de sua dissertação de mestrado, defendida no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS, sobre proteção de dados e a investigação por software, assevera que “em verdade, e como regra, o rol dos meios de prova é taxativo, contudo sendo aceitáveis os meios de prova que cumpram requisitos constitucionais e legais”.²⁵⁴

Segundo o referido autor, ao lado dos meios de provas típicos, é plenamente possível meios de prova atípicos, tendo em vista que meios de prova se destinam ao julgador e tem a finalidade de carregar prova ao processo, não devendo incidir na violação ou restrição de direitos fundamentais ou garantias processuais. Situação diferente ocorre com os meios de obtenção de prova que devem observar a tipicidade processual na medida em que “toda intervenção em direitos fundamentais deve ter fundamento na lei e ser proporcional, ou seja, resguardada em balizas”.²⁵⁵

Portanto, mostra-se imprescindível uma regulamentação devida para o uso de novas tecnologias no incremento da investigação penal que exploram a privacidade e

²⁵¹ BRITO, Maria Beatriz Seabra de. **Novas tecnologias e legalidade da prova em processo penal: Natureza e enquadramento do GPS como método de obtenção de prova.** Coimbra: Almedina, 2018, p. 47.

²⁵² BRITO, Maria Beatriz Seabra de. **Novas tecnologias e legalidade da prova em processo penal: Natureza e enquadramento do GPS como método de obtenção de prova.** Coimbra: Almedina, 2018, p. 47.

²⁵³ BRITO, Maria Beatriz Seabra de. **Novas tecnologias e legalidade da prova em processo penal: Natureza e enquadramento do GPS como método de obtenção de prova.** Coimbra: Almedina, 2018, p. 49.

²⁵⁴ MENDES, Carlos Hélder C. Furtado. **Tecnoinvestigação criminal: Entre a proteção de dados e a infiltração por software.** Salvador: JusPodivm, 2020, p. 167.

²⁵⁵ MENDES, Carlos Hélder C. Furtado. **Tecnoinvestigação criminal: Entre a proteção de dados e a infiltração por software.** Salvador: JusPodivm, 2020, p. 167.

a intimidade,²⁵⁶ e que resultem em utilização de meios de obtenção de prova não tipificados e sem regulamentação. Francisco Marcolino de Jesus analisa os pressupostos gerais dos meios de obtenção de prova, incluindo alguns preceitos legais da legislação portuguesa:

Qualquer restrição aos direitos, liberdades e garantias só é constitucionalmente legítima se: (1) for autorizada pela Constituição; (2) estiver suficientemente sustentada em Lei da Assembleia da República ou em decreto-lei autorizado; (3) visar a salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido; (4) for necessária a essa salvaguarda, adequada para o efeito proporcional a esse objetivo; (5) tiver carácter geral e abstracto, não tiver efeito retroactivo e não diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.²⁵⁷

José Manuel Damião da Cunha tratou do “problema da ‘obtenção da prova’ face à autonomia técnica e tática dos órgãos de polícia criminal”. O autor refere que a “recolha de prova que contenda com direitos, liberdades e garantias –, o âmbito de autonomia dos órgãos de polícia criminal tem de ser devidamente reduzida”²⁵⁸. Afirma, inclusive, que o recurso a estes meios de obtenção de prova deve pressupor, via de regra, a intervenção da autoridade judicial e do Ministério Público na fase de utilização dos métodos de obtenção de prova, impondo a responsabilização destes agentes pelas diligências que coloquem em causa direitos e garantias individuais.²⁵⁹

A utilização de um meio de obtenção de prova de carácter invasivo e que infere na seara de proteção dos direitos fundamentais, principalmente na intimidade e privacidade do investigado, necessariamente deverá ser precedida de autorização judicial (princípio da reserva de jurisdição).²⁶⁰ Não menos importante, há que se referir

²⁵⁶ MENDES, Carlos Hélder C. Furtado. **Tecnoinvestigação criminal**: Entre a proteção de dados e a infiltração por software. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 104.

²⁵⁷ JESUS, Francisco Marcolino de. **Os meios de obtenção de prova em processo penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Coimbra: Almedina, 2015, p. 179-180.

²⁵⁸ CUNHA, José Manuel Damião da. Dos meios de obtenção de prova face à autonomia tática e técnica dos OPC. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). **II Congresso de processo penal, memórias**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 74.

²⁵⁹ CUNHA, José Manuel Damião da. Dos meios de obtenção de prova face à autonomia tática e técnica dos OPC. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). **II Congresso de processo penal, memórias**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 74.

²⁶⁰ Como adverte Luigi Ferrajoli: “A principal garantia processual que forma o pressuposto de todas as outras é a da submissão à jurisdição, expressa pelo axioma *A7 nulla culpa sine iudicio*. [...] A correlação biunívoca entre garantias penais e processuais é o reflexo do nexa específico entre lei e juízo em matéria penal. No plano lógico, antes de tudo, estrita submissão à jurisdição e estrita legalidade se pressupõem alternadamente, e valem conjuntamente para garanti – e não só para definir – o carácter cognitivo de um sistema penal: a jurisdição penal, de fato, se configura, bem mais do que a

que a manifestação da autoridade policial solicitando a utilização de determinado meio de obtenção de prova deverá ser fundamentada, demonstrando a necessidade de imprescindibilidade daquela diligência.

Contudo, em uma situação hipotética, mas plenamente possível, para obtenção de êxito na busca de determinada prova, a autoridade policial deverá utilizar meio de obtenção de prova não tipificado na legislação. Acerca disso, José Manuel Damião da Cunha coloca duas situações sobre os meios de obtenção de prova e a autonomia da autoridade policial. A primeira delas é que, em consequência da ligação entre a atividade de prevenção criminal e a de investigação criminal, a legislação processual regulamentou um conjunto de medidas de caráter cautelar em que é possível o recolhimento da prova fora dos pressupostos de prévia autorização judicial. Nestes casos “a admissibilidade de recolha da prova, a título de iniciativa própria pelos órgãos de polícia criminal, justifica-se apenas pela impossibilidade de se obter em tempo útil a devida autorização da autoridade judiciária competente”²⁶¹ e a “intervenção posterior (todavia imediata) da autoridade judiciária pressupõe a comprovação da legitimidade do recurso à diligência, da sua imprescindibilidade, bem como consequentemente a validação, caso se tenha recolhido a prova”.²⁶²

A segunda circunstância apontada por José Manuel Damião da Cunha é que, no âmbito da atividade de prevenção criminal, podem existir medidas de restrições de liberdade com conteúdo semelhante àquelas regulamentadas no Código de Processo Penal.²⁶³ Logo, em atividades de prevenção de perigos, e não como órgão de polícia criminal, “revistas, buscas ou outros meios de prevenção criminal, que se possam configurar como delimitadores de direitos, liberdades e garantias fundamentais, em princípio não podem ser usadas como meios de obtenção de prova”,²⁶⁴ inclusive “de

administração ou outras formas de jurisdição, como “aplicação” ou “afirmação” da lei.” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 495).

²⁶¹ CUNHA, José Manuel Damião da. Dos meios de obtenção de prova face à autonomia tática e técnica dos OPC. *In*: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). **II Congresso de processo penal, memórias**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 76.

²⁶² CUNHA, José Manuel Damião da. Dos meios de obtenção de prova face à autonomia tática e técnica dos OPC. *In*: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). **II Congresso de processo penal, memórias**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 76.

²⁶³ CUNHA, José Manuel Damião da. Dos meios de obtenção de prova face à autonomia tática e técnica dos OPC. *In*: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). **II Congresso de processo penal, memórias**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 75.

²⁶⁴ CUNHA, José Manuel Damião da. Dos meios de obtenção de prova face à autonomia tática e técnica dos OPC. *In*: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). **II Congresso de processo penal, memórias**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 77.

recolha de prova válida para o processo penal”.²⁶⁵ A exposição do autor termina buscando por uma “solução global à luz de princípios”²⁶⁶ e de “regulamentações específicas que, por um lado, determinem o tipo de criminalidade em que os meios se figurem como adequados ou necessários”.²⁶⁷

O Código de Processo Civil brasileiro prevê, no artigo 369, a utilização de todos os meios legais e moralmente legítimos “ainda que não especificados [...], para provar a verdade dos fatos em que se fundar o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.²⁶⁸ No Código de Processo Penal não há previsão específica autorizando a utilização de meio de obtenção de prova não tipificado. Não se desconhece que em situações de omissão do CPP, em inúmeras oportunidades, aplica-se, subsidiariamente, aquele.²⁶⁹ Contudo, fazer a importação da autorização do CPC para a utilização no CPP não parece ser a melhor escolha.

Ao analisar a possibilidade de utilização de provas atípicas no processo penal, Antônio Magalhães Gomes Filho adverte que “a atipicidade deveria levar à inadmissibilidade dos elementos resultantes do meio de prova não previsto pelo ordenamento”, e que “a infringência às regras do procedimento probatório deveria conduzir à nulidade dos atos de produção realizados em desconformidade com a lei”.²⁷⁰

Sobre a aplicação analógica de disposições do Código de Processo Civil nos casos de omissão do Código de Processo Penal, o referido autor refere que a ausência de tipificação está ligada ao próprio meio de prova,

²⁶⁵ CUNHA, José Manuel Damião da. Dos meios de obtenção de prova face à autonomia tática e técnica dos OPC. *In*: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). **II Congresso de processo penal, memórias**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 74.

²⁶⁶ CUNHA, José Manuel Damião da. Dos meios de obtenção de prova face à autonomia tática e técnica dos OPC. *In*: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). **II Congresso de processo penal, memórias**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 79.

²⁶⁷ CUNHA, José Manuel Damião da. Dos meios de obtenção de prova face à autonomia tática e técnica dos OPC. *In*: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). **II Congresso de processo penal, memórias**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 79.

²⁶⁸ “Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

²⁶⁹ “Art. 3.º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 jul. 2020).

²⁷⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanóide de (coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 315.

pois o canal de informação utilizado é diverso do estipulado em lei; a prova é atípica (no primeiro sentido) e não pode ser admitida, sob pena de completa subversão do valor de garantia da legalidade probatória.²⁷¹

Nessa linha, não é possível a admissão e mera transposição dos regramentos do Código de Processo Civil em matéria probatória. Antonio Scarance Fernandes anota cinco características da tipicidade ou da atipicidade da prova e dos meios de obtenção:

1) o meio de obtenção ou de produção está previsto legalmente e é regulado mediante procedimento próprio; 2) o meio de obtenção ou de produção de prova está previsto, não está regulado, mas há remissão ao procedimento a ser seguido; 3) o meio de obtenção ou de produção de prova está previsto, não está regulado e não há remissão a nenhum procedimento a ser seguido; 4) o meio de obtenção ou produção de prova é apenas referido nominalmente, sem qualquer regulamentação ou remissão ao procedimento a ser seguido; 5) o meio de obtenção ou produção de provas não é sequer referido.²⁷²

A partir dos requisitos elencados, Scarance Fernandes conclui que serão atípicos os meios de obtenção ou de produção de prova quando: (i) o meio de obtenção ou de produção de prova está previsto, não está regulado e não há remissão a nenhum procedimento a ser seguido; (ii) o meio de obtenção ou produção de prova é apenas referido nominalmente, sem qualquer regulamentação ou remissão ao procedimento a ser seguido; (iii) o meio de obtenção ou produção de provas não é sequer referido. Ou seja, “a análise da tipicidade ou atipicidade depende das disciplinas dadas aos meios de provas pelos ordenamentos jurídicos”.²⁷³

Ainda utilizando da análise de Scarance Fernandes, é possível englobar o campo dos meios de obtenção de prova em quatro setores: a) exames, vistorias e revistas; b) as buscas, sequestros e apreensões;²⁷⁴ c) as interceptações,²⁷⁵ escutas e quebras

²⁷¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 316.

²⁷² FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e Sucedâneos de Prova. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Provas no processo penal**: Estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 15.

²⁷³ ALMEIDA, José Raul Gavião. MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Provas no processo penal**: Estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 15.

²⁷⁴ Art. 240 e seguintes do CPP.

²⁷⁵ O regime da interceptação telefônica está delineado na Lei nº 9.296/96.

de sigilo; d) ações especiais de investigações da criminalidade organizada²⁷⁶ e transnacional, como os agentes infiltrados e atividades de vigilância.²⁷⁷

O campo mais fértil para a utilização de meios atípicos de obtenção de prova ocorre nas investigações envolvendo a criminalidade organizada e transnacional, já que para crimes com menor grau de complexidade, os meios tradicionais de obtenção de prova se mostram suficientes. Este fato também é perceptível pelos grupos *a*, *b* e *c*, elencados acima, terem procedimentos específicos de incidência. Apenas a título de informação, alguns países permitem a produção de prova através de meios atípicos de obtenção com base no princípio da liberdade probatória, como Chile, Costa Rica, Portugal, Uruguai e Argentina.²⁷⁸

Ainda que este trabalho não tenha por objetivo analisar o problema de pesquisa à luz do direito comparado, é importante fazer menção justamente porque mesmo com a possibilidade de produção de prova através de meios de obtenção de prova atípicos, há limites para tal concessão. No artigo 209 do *Código Procesal Penal de Buenos Aires*, consta que outros meios de obtenção de prova serão admitidos quando não suprimam as garantias individuais das pessoas e não afetem o sistema constitucional, e, segundo o *Código Procesal Penal de La Nación*, quando não vulnerarem as garantias constitucionais²⁷⁹.

A utilização de meios atípicos de obtenção de prova na investigação preliminar, já carente de contraditório e ampla defesa, torna-se cada vez mais comum em razão da crescente evolução tecnológica e aparelhamento do inquérito policial. Mesmo sem a anuência expressa no Código de Processo Penal, a importação da autorização contida no Código de Processo Civil não é a melhor alternativa diante do complexo sistema de garantias presentes no processo penal.

A Constituição Federal resguarda a intimidade e a privacidade do indivíduo, além dos princípios da legalidade penal, sendo que meios invasivos à privacidade, cujo objetivo seja a obtenção de prova, necessariamente pressupõem a autorização judicial. Sob este aspecto, o juízo ficará impossibilitado de autorizar medida

²⁷⁶ A Lei 12.850/2013 dispõe sobre a investigação criminal e os meios de obtenção da prova.

²⁷⁷ ALMEIDA, José Raul Gavião. MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Provas no processo penal: Estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24.

²⁷⁸ ALMEIDA, José Raul Gavião. MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Provas no processo penal: Estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 28.

²⁷⁹ ALMEIDA, José Raul Gavião. MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Provas no processo penal: Estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25.

excepcional tendo em vista a ausência de critérios legais e objetivos para sua utilização.

2.3 Prova Antecipada e Irrepetível: Conteúdo Material e Limites

A produção dos elementos informativos no inquérito policial possui critérios específicos, assim como a produção da prova antecipada que, contrariamente, necessita de regulamentação criteriosa. Esse controle sobre o momento de produção de provas é fundamental para o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, mas também para garantir a oralidade²⁸⁰ e efetivação do princípio da imediação.²⁸¹ Por sua natureza, o processo é uma atividade que reclama tempo,²⁸² mas isso pode acarretar o comprometimento dos seus resultados ou de sua própria realização²⁸³, o que enseja a produção antecipada da prova.

De início, é imperioso registrar que o decurso do tempo, unicamente, não é motivo plausível para a produção antecipada de provas, razão pela qual o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 455: *“a decisão que determina a produção antecipada de provas com base no artigo 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo”*. O entendimento sumulado já sinaliza que a produção antecipada de provas no processo

²⁸⁰ Sobre a oralidade no processo penal, Vinicius Vasconcellos: “Sustenta-se que a oralidade é elemento fundamental da dogmática processual penal e premissa para a estruturação da justiça criminal, pois tal sistemática potencializa o controle sobre a decisão jurisdicional, limitando o subjetivismo, ampliando o impacto dos elementos produzidos e afastando da formação da convicção do magistrado os conhecimentos alheios ao processo. Além disso, tal panorama reduz a possibilidade de delegações de funções pelo julgador e contribui diretamente para a demarcação de posições e das funções dos sujeitos processuais, demandando o fortalecimento da atuação e do preparo das partes.” (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Imediação e oralidade no processo penal: proposta de nova compreensão sobre a importância do contato do julgador com as provas no juízo oral. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 18, n. 72, p. 171-194, 2019, p. 190-191).

²⁸¹ “Assim, impõe-se o contato direto do juiz com as partes e com as provas, não para possibilitar a percepção de gestos e reações emotivas dos depoentes ou para realizar perguntas de ofício, por exemplo, mas para assegurar que o julgador tomou conhecimento de todos os elementos que devem guiar o seu ato decisório.” (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Imediação e oralidade no processo penal: proposta de nova compreensão sobre a importância do contato do julgador com as provas no juízo oral. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 18, n. 72, p. 171-194, 2019, p.190-191).

²⁸² “Inequivocadamente, a urgência é um grave atentado contra a liberdade individual, levando a uma erosão da ordem constitucional e ao rompimento de uma regra básica: o processo nasceu para retardar, para demorar (dentro do razoável, é claro), para que todos possam expressar seus pontos de vista e demonstrar suas versões e, principalmente, para que o calor do acontecimento e das paixões arrefeça, permitindo uma racional cognição.” (LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2020, p. 53).

²⁸³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). **As reformas do processo penal**: As novas leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 252.

penal não poderá ocorrer sob o único fundamento do decurso do tempo. Há casos e circunstâncias específicas em que a produção antecipada é o caminho adequado para a preservação da prova.

O Código de Processo Penal faculta a produção de prova de forma antecipada, ou seja, fora da normalidade do processo e, neste íterim, buscar-se-á analisar o conteúdo material e os limites da produção de provas irrepitíveis no inquérito policial. Com a recente reforma no processo penal, o expediente que é de competência do juiz das garantias não poderá ser anexado à acusação, ou seja, não mais acompanhará a denúncia, ficará acautelado em secretaria e fora do processo, operacionalizando-se a exclusão física do inquérito policial. O juiz da instrução processual, portanto, não tomará conhecimento desses autos de investigação.²⁸⁴

Esta disposição trará maior segurança ao processo penal na medida em que inviabilizará a mera reprodução da prova em juízo, fazendo com que as partes tenham que, efetivamente, produzir a prova na instrução do processo enquanto os autos de investigação desaparecem.²⁸⁵ Tratando-se de provas antecipadas, o Código de Processo Penal é carente na análise deste instituto, resumindo-se, basicamente, aos artigos 155,²⁸⁶ 156, inciso I,²⁸⁷ 225, 366 e, mais recente, à inclusão do art.3º - B, inciso VII, que contém hipóteses de incidência do instituto da prova antecipada.

Em breves linhas, o inciso I do artigo 156 possui como diretriz a “produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”, ou seja, o CPP possibilita a produção de prova antecipada daquelas que considera urgentes e relevantes. Já o artigo 225 demonstra o receio com relação à testemunha que “houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice” e “inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista”, facultando ao juiz “de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.” Por fim, o artigo 366 disciplina as situações em que o acusado, citado por edital, não comparecer ao processo e nem

²⁸⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado**. Lei 3.964/2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 48.

²⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado**. Lei 3.964/2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 49.

²⁸⁶ “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

²⁸⁷ “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;”.

constituir defesa, restando o processo e o prazo prescricional suspensos, mas, “podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes”.²⁸⁸

Já o art. 3º-B, atualmente com a eficácia suspensa, elenca, em seu inciso VII, como requisitos as provas *urgentes* e não *repetíveis*. Com a nova determinação legal, não poderá o juiz decretar de ofício a produção antecipada da prova, como possibilitava anteriormente o art. 156, inciso I do mesmo diploma legal.

Aury Lopes Junior classifica as provas irrepitíveis pela sua *natureza*, *circunstâncias específicas* e *circunstâncias supervenientes*²⁸⁹: a) provas irrepitíveis pela sua natureza: todas aquelas provas que, por sua natureza, precisam ser coletadas no momento exato da sua ocorrência tendo em vista a possibilidade de perecimento e inexistência de possibilidade de repetição; b) provas irrepitíveis por circunstâncias específicas: nesta categoria enquadram-se todas aquelas provas que poderiam ser repetidas, mas, por circunstâncias específicas do caso concreto, tornam-se irrepitíveis; c) provas irrepitíveis por circunstâncias supervenientes: nesta classificação enquadram-se as provas que seriam passíveis de repetição, mas por circunstâncias supervenientes tornam-se irrepitíveis.²⁹⁰

Inobstante a supracitada classificação, em três categorias, debruçar-nos-emos na análise daquelas provas irrepitíveis por sua natureza e também das provas que poderiam ser repetidas, mas que, por circunstâncias específicas do caso concreto,

²⁸⁸ “Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312”.

²⁸⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2020, p. 203.

²⁹⁰ Nessa circunstância, Aury Lopes Jr. aponta para o problema da admissibilidade da prova: “É o caso, por exemplo, de uma testemunha importante que foi ouvida no inquérito. Seu depoimento não integra o processo (pela regra da exclusão do art. 3º - C, § 3º), sendo ela arrolada pelo MP ou pela defesa para ser ouvida na instrução e julgamento. Contudo, quando procurada, descobre-se que ela faleceu. Seu depoimento era uma prova repetível (testemunhal), mas se tornou irrepitível por uma circunstância superveniente (morte). Ela poderá ser admitida? Pensamos que sim, pois ela se tornou irrepitível e pode ser juntada ao processo. Mas a problemática será na valoração dessa prova pelo juiz da instrução, na medida em que produzida no inquérito (com suas restrições de contraditório, defesa, extc.) Portanto, pode ser admitida, mas caberá ao juiz avaliar sua credibilidade e valor probatório” (LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2020, p. 202-203). Gomes Filho, sobre o mesmo problema, adverte que: “Somente quando tiver sido imprevisível a impossibilidade de renovação da prova será viável utilizar os elementos anteriormente obtidos sem o contraditório. Mas também em relação à prova não repetível aplica-se o que ficou dito a respeito das cautelares e antecipadas: sua eventual utilização no processo não afasta a necessidade de submetê-la ao contraditório diferido, permitindo-se às partes discutir a sua admissibilidade, regularidade e idoneidade.” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. *In*: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). **As reformas do processo penal**: As novas leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 252).

tornam-se irrepitíveis. Antonio Magalhães Gomes Filho²⁹¹ refere que a legislação processual penal possibilita e disciplina inúmeras situações que, a partir da urgência do caso em concreto, justificam a adoção de providências de forma antecipada que, em condições normais, somente iriam ser realizadas com a presença do juiz e das partes. Contudo, em razão do perigo de desaparecimento ou de comprometimento da fonte de prova, pelo decurso do tempo, justificaria a antecipação do procedimento e restrição ao contraditório.

As provas irrepitíveis possuem, por sua natureza, peculiaridades decorrentes do meio de obtenção²⁹² necessário para sua captação/produção. Utilizando-se como exemplo o conteúdo de uma conversa telefônica (posteriormente transcrita), o meio de obtenção desta prova é a interceptação telefônica, prevista na Lei nº 9.926/96. Isso significa que, a depender da prova que se pretende produzir, há que se observar os meios de obtenção para que se possa chegar ao conteúdo material da prova, ou seja, ao resultado final, respeitando os limites impostos pela legislação.

Isso porque as provas irrepitíveis, em sua grande maioria, são produzidas na investigação preliminar sem a participação da defesa, razão pela qual o sucesso da maioria dos meios de obtenção de prova depende do desconhecimento da sua realização.²⁹³ Nesta linha, as provas irrepitíveis por sua natureza poderão ser produzidas (i) sem o conhecimento do investigado na investigação preliminar, (ii) sem a possibilidade de contraditório no momento de produção, e (iii) com a utilização de meios de obtenção de provas específicos e que, muitas vezes, precedem de autorização judicial.

Analisando as provas sob a ótica das exceções ao contraditório, Gustavo Badaró²⁹⁴ refere que a prova irrepitível não é produzida sob o contraditório e nem

²⁹¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). **As reformas do processo penal: As novas leis de 2008 e os projetos de reforma.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 253.

²⁹² “A urgência também costuma estar ligada aos meios de obtenção de prova que, também, necessitam da surpresa para o seu êxito. É o caso, por exemplo, das interceptações telefônicas ou buscas e apreensões. Impossível, em tais casos, um contraditório prévio ou contemporâneo à obtenção do meio. Mas, a urgência também não é característica indefectível dos meios de obtenção de proa, É possível que uma decisão que agaste sigilo bancário ou fiscal, se precedida de contraditório das partes” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 430).

²⁹³ BADARÓ, Gustavo. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coord.). **Colaboração premiada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 133.

²⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 430.

submetida a ele. A prova cautelar é produzida sem a observância do contraditório e normalmente produzida durante a investigação preliminar para, posteriormente, ser submetida ao contraditório judicial; as provas antecipadas são produzidas em juízo, com contraditório antecipado.

Na prova cautelar, a urgência na obtenção ou no exame do elemento probatório faz com que não se possa instaurar um contraditório contemporâneo a sua produção.²⁹⁵ Na sequência, Badaró faz a diferenciação entre a prova irrepetível e prova antecipada, sendo que para a prova irrepetível, “não houve contraditório na sua produção e não poderá mais haver, porque a fonte de prova, por fatores imprevisíveis, não mais está disponível”.²⁹⁶ Já na prova antecipada, “fatores previsíveis de risco de indisponibilidade da fonte de prova justificam sua produção antecipada, mas em contraditório de partes e perante um juiz”.²⁹⁷

Inobstante as diferenciações elencadas, há quem argumente tratar-se de uma medida cautelar²⁹⁸ instrutória. É o caso de João Gualberto Garcez Ramos, segundo o qual, “é uma medida instrumental, da pretensão condenatória ou atividade defensiva do imputado [...]. Trata-se, pois, de uma medida cautelar instrutória”.²⁹⁹ A cautelaridade da medida é interligada com a condição de urgência para a realização do ato. Augustín

²⁹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 429.

²⁹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 431.

²⁹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 431.

²⁹⁸ Sobre medidas cautelares no processo penal: “Assim como no processo civil, há circunstâncias especiais de risco para a efetividade da tutela jurisdicional penal que autorizam excepcionalmente o exame prematuro dos fundamentos da acusação, ainda que de forma sumária, para que o juiz possa dispor sobre a conservação de situações atuais, ou menos sobre a antecipação do resultado que se espera do processo. Algumas dessas medidas incidem sobre a pessoa do acusado (prisões provisórias, interdições de direitos, restrições processuais), outras dizem respeito a coisas (busca e apreensão, arresto, sequestro, hipoteca legal), e uma terceira classe refere-se aos meios de prova, como, por exemplo, os depoimentos antecipados.” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães *et al* (org.). **Medidas Cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 17); “As medidas de urgência (cautelares, antecipatórias ou baseadas no poder de polícia) podem ser pessoais, instrutórias ou patrimoniais. As primeiras cuidam do *status libertatis* do imputado, e o fazem seja para protegê-lo, seja para restringi-lo. Poderiam ser chamadas, por conveniência terminológica, de medidas de urgência de natureza pessoal, contudo, não têm natureza pessoal; obviamente, têm natureza jurídica e como tal devem ser tratadas. Daí porque serão chamadas de medidas de urgência protetivas ou privativas de liberdade do imputado. As medidas instrutórias se referem ao conjunto das provas a serem examinadas pela autoridade judiciária: estão predestinadas à proteção desse conjunto probatório, procurando, com isso, viabilizar um melhor conhecimento a respeito dos fatos em virtude dos quais se pretende aplicar uma norma de natureza penal” (RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 39).

²⁹⁹ RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 226.

Jesús Pérez-Cruz Martín refere que a diferença entre a prova antecipada e a prova pré-constituída não aparece com a devida nitidez, sendo necessário informar que a prova antecipada caracterizam-se por aquelas diligências de instrução que não são por sua natureza fugazes ou irrepetíveis no ato do juízo oral, apresentam essas peculiaridades com as circunstâncias concorrentes, como, por exemplo, o desconhecimento futuro de uma testemunha ou a possibilidade de que venha a falecer.³⁰⁰

Na Espanha, o artigo 741 da Ley de Enjuiciamiento Criminal dispõe expressamente que o tribunal deve ditar sua sentença apreciando as provas constituídas em juízo.³⁰¹ Existem, certamente, exceções que possibilitam “a prática de atos fora do *juicio oral*, decorrente de dificuldade extrema ou impossibilidade de formação da prova nos debates orais.”³⁰²⁻³⁰³ Augustín Jesús Pérez-Cruz Martín, cita as hipóteses de produção antecipada da prova na Ley de Enjuiciamiento Criminal da Espanha quando a testemunha: 1) não possui domicílio e tem paradeiro ignorado; 2) reside de forma ilegal na Espanha; 3) quando a citação for impossível ou o tribunal não possuir meios coercitivos adequados para assegurar seu comparecimento; 4) necessidade de proteção de menores de idade; 5) estado de nervosismo da

³⁰⁰ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Augustín Jesús *et al.* **Derecho Procesal Penal**. 3. ed. Espanha: Thomsom Reuters, 2014, p. 551.

³⁰¹ YOKAICHIYA, Cristina Emy. A utilização de novas tecnologias no processo penal Espanhol: reflexões sobre tipicidade e atipicidade em matéria probatória. *In*: FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e Sucedâneos de Prova. *In*: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Provas no processo penal: Estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 320.

³⁰² Sobre o sistema espanhol: “[...] 2) Procedimento: para os delitos graves há a divisão do procedimento em duas fases: *juicio sumarial* e *juicio oral*. Na primeira, grosso modo, predominam os elementos inquisitivos, ao passo que, na segunda, preponderam os acusatórios. *i) Juicio sumarial*: essa fase constitui-se de atuações preliminares de investigação, cujo objetivo é preparar o *juicio oral*, averiguando a ocorrência do delito, com todas as suas circunstâncias, e a culpabilidade dos acusados, de acordo com o art. 299 da Lecrim. Todas as diligências de *prevención* realizadas antecipadamente por outras autoridades são cessadas com a presença do *juez de instrucción* (art. 14.2 da Lecrim), que assume a investigação, sob a inspeção direta do representante do Ministério público competente. [...] *ii) Juicio oral*: esta fase reúne uma série complexa de atos processuais. É nesse momento que se interpõe a pretensão processual pela acusação e a resistência do acusado, seja de forma conclusiva, depois da prática das provas, nas qualificações definitivas (art. 732 da Lecrim).” (YOKAICHIYA, Cristina Emy. A utilização de novas tecnologias no processo penal Espanhol: reflexões sobre tipicidade e atipicidade em matéria probatória. *In*: FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e Sucedâneos de Prova. *In*: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Provas no processo penal: Estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 315-317).

³⁰³ YOKAICHIYA, Cristina Emy. A utilização de novas tecnologias no processo penal Espanhol: reflexões sobre tipicidade e atipicidade em matéria probatória. *In*: FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e Sucedâneos de Prova. *In*: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Provas no processo penal: Estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 320.

testemunha em prestar a declaração perante o juízo oral.³⁰⁴ Há, portanto, previsão de antecipação do procedimento em determinadas situações, em grande parte relacionada à prova testemunhal.

Diferente do Código de Processo Penal brasileiro, o novo Código de Processo Civil possui uma disciplina específica sobre a produção da prova antecipada. Os artigos 381,³⁰⁵ 382³⁰⁶ e 383³⁰⁷ disciplinam a prova antecipada e o ritual de produção. Como já afirmamos, não se busca sustentar a transmissão para o processo penal da ritualística criada pelo código de processo civil, pelas nefastas consequências entre a combinação de matrizes processuais distintas.³⁰⁸ Sabe-se que a importação de categorias ocasiona distorções nas bases dogmáticas.

³⁰⁴ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús et al. **Derecho Procesal Penal**. 3. ed. Espanha: Thomsom Reuters, 2014, p. 553

³⁰⁵ “Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação. § 1º O arrolamento de bens observará o disposto nesta Seção quando tiver por finalidade apenas a realização de documentação e não a prática de atos de apreensão. § 2º A produção antecipada da prova é da competência do juízo do foro onde esta deva ser produzida ou do foro de domicílio do réu. § 3º A produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta. § 4º O juízo estadual tem competência para produção antecipada de prova requerida em face da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal. § 5º Aplica-se o disposto nesta Seção àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção”.

³⁰⁶ “Art. 382. Na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair. § 1º O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente caráter contencioso. § 2º O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas. § 3º Os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora. § 4º Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário”.

³⁰⁷ “Art. 383. Os autos permanecerão em cartório durante 1 (um) mês para extração de cópias e certidões pelos interessados. Parágrafo único. Findo o prazo, os autos serão entregues ao promovente da medida”.

³⁰⁸ Sobre teoria geral do processo: “O processo penal, sufocado por uma legislação fascista (copiada na maior parte do Código Rocco de 1930) e cientificamente cega, acaba por receber uma vestimenta (sistemática) costurada para um senhor mais rico, alto, velho e obeso. Entrou, desse modo, mas não serviu. Deixou à mostra pontos cruciais que não serão sanados, cobertos, tão-somente com uma nova legislação, um novo traçado. No fundo, o espírito faz parte da vestimenta e deve mudar junto, sob pena da alteração ser aparente e as falhas, em elementos essenciais, continuarem as mesmas.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p. 118-119). E “são a ausência de liberdade e a relação de poder instituída (em contraste com a liberdade e a igualdade) os elementos fundantes de uma diferença entre o processo civil e o penal.” (LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. Introdução crítica. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 68).

Destarte, é necessário avaliar os critérios da legislação processual civil que possibilitam a produção antecipada de provas para verificar a (im)possibilidade de importação de categorias. O novo CPC buscou agregar formas de autocomposição. O instituto da prova antecipada também possui esse viés, tendo em vista que a parte buscará produzir a prova visando não ingressar com demandas temerárias.³⁰⁹

Do que se depreende, pelo CPC/15, é possível a produção antecipada da prova nos casos em que: (i) haja receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; (ii) a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a composição ou a resolução do conflito e (iii) o prévio conhecimento dos fatos possa evitar ou justificar o ajuizamento da ação.

O único fundamento que se aproxima dos requisitos do processo penal é o “fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”, e, mesmo assim, seria uma importação inadequada. Já as demais disposições, visando à autocomposição e evitar o ajuizamento da ação, não se sustentam diante de um processo penal fundado na instrumentalidade constitucional.³¹⁰ A bem da verdade, a importação à *la carte* de institutos e categorias diferentes tendem a enfraquecer as bases dogmáticas do processo penal constitucional.³¹¹

³⁰⁹ “Por isso, antes de decidir sobre o ingresso em juízo, ou mesmo sobre a conveniência de não demandar, é justo que o interessado se certifique da realidade da situação fática em que se acha envolvido. Obtendo provas elucidadoras previamente, evitar-se-ia demanda temerária ou inadequada à real situação da controvérsia. Esclarecida a quadra fática, facilitar-se-ia a autocomposição, ou até mesmo se evitaria o ingresso em juízo com demanda desnecessária e inviável.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. I, p. 1332); “A antecipação de provas, enquanto mecanismo que traz às partes o conhecimento do suporte fático de futura e eventual demanda volta à declaração do direito, privilegia a construção de soluções autocompositivas que se aproximem, no maior grau possível, da efetivação do direito positivo”. (JOBIM, Marco Félix; PEREIRA, Rafael Caselli. Produção antecipada de prova como técnica processual de incentivo à composição consensual. *In*: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan. **Produção antecipada de prova**. Questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thot, 2018, p. 371).

³¹⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. Introdução crítica. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 36.

³¹¹ “Sem embargo disso, *per fas et nefas*, a teoria geral do processo civil, a cavalo na teoria do processo, penetra no nosso processo penal e, ao invés de dar-lhe uma teoria geral, o reduz a um primo pobre, uma parcela, uma fatia da teoria geral. Em suma, teoria geral do processo é engodo; teoria geral é a do processo civil e, a partir dela as demais.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p. 122-123. Ver também KHALED JR, Salah. Repensando o processo penal para além de fronteiras civilistas: a incerteza das situações jurídicas processuais e o contraditório dialógico como meio de constrangimento do caráter alucinatório da evidência. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 53, p. 132-155, abr./jun. 2014, p. 151.

Diante da possibilidade e probabilidade de perecimento e prejuízo irreparável de “algum dos elementos recolhidos na investigação preliminar, o processo penal instrumentaliza uma forma de colher antecipadamente essa prova, através de um incidente³¹²”, que será trabalhado no próximo tópico.

2.4 Diretrizes Legais para a Produção de Provas Irrepetíveis de Forma Antecipada

A produção de provas de forma antecipada necessita de regramentos específicos e objetivos justamente por se tratar de uma excepcionalidade no processo penal. Atualmente, há uma carência³¹³ na disciplina de diretrizes para a produção antecipada da prova, não tendo tido o legislador a preocupação adequada para a construção de regramentos próprios visando dar segurança ao procedimento.

O dispositivo do art. 156, I, faculta a produção de prova de ofício pelo juiz desde que consideradas “urgentes e relevantes, observando a necessidade e adequação da medida”. É uma excepcionalidade que está regulamentada de forma precária e, portanto, não se deve banalizar o disposto neste artigo, crendo ser regra o que vem a ser exceção.³¹⁴ Não há a discriminação do procedimento, de que forma o ato será realizado, quais seus limites e requisitos, enfim, a legislação é precária.

Já o artigo 366 refere que o juiz poderá “determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes” e, no caso do réu que, citado, não comparece ao processo, faculta ao juiz a produção antecipada das provas consideradas urgentes. Veja-se que há uma nítida carência de limites e forma de produção da prova antecipada, já que, em tese, seu conteúdo poderá ser utilizado na sentença.

Com a implementação da figura do juiz das garantias e a promulgação da Lei nº 13.964/2019, advoga-se no sentido de que, automaticamente, o artigo 156, I, está

³¹² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2020, p. 460.

³¹³ O problema da ausência de regramentos para a produção da prova antecipada é antigo, segundo a lição de Romeu Pires de Castro Barros: “É certo que algumas dessas medidas apesar de previstas, expressamente, em dispositivos pertinentes à prova, tal como acontece com o depoimento “ad perpetuam rei memoriam”, não cuida o código do procedimento a ser observado, sendo omissos no tocante à oportunidade processual em que a medida pode ser utilizada. Inobstante, desde que ocorra esta circunstância, impõe-se a integração da situação não prevista pelo legislador, com normas idênticas, pertinentes a outras medidas cautelares, tais como as que regulam o sequestro e a hipoteca legal.” (BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 446).

³¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 752.

revogado tacitamente, não sendo compatível com a nova disposição do código processual. Nesse contexto, a competência³¹⁵ para a análise das provas antecipadas, consideradas urgentes e não repetíveis também é do juiz das garantias, conforme artigo 3º-B, inciso VII, do Código de Processo Penal.

A atuação do legislador objetivou afastar o juiz que julgará o mérito do processo da produção de provas e decretação de medidas cautelares no âmbito do inquérito policial. Nessa perspectiva, Aury Lopes Junior atenta para alguns requisitos básicos que devem ser analisados previamente ao deferimento da instauração do incidente de produção de prova: relevância e indispensabilidade do seu conteúdo para a sentença e impossibilidade de sua repetição na fase processual.³¹⁶

A antecipação do momento probatório ocorre através do incidente de produção de prova antecipada. Noutras palavras,

É uma forma de jurisdicionalizar a atividade probatória no curso do inquérito, através da prática do ato ante uma autoridade jurisdicional (o juiz das garantias) e com plena observância do contraditório e do direito de defesa.³¹⁷

É condição *sine qua non* para a abertura do procedimento de produção antecipada de prova que o seu conteúdo seja relevante, indispensável para a sentença e impossível de repetir-se na instrução do processo.

Nereu Giacomolli³¹⁸ disserta sobre a produção das provas antecipadas, afirmando que se exige a cumulatividade de cinco requisitos: urgência e relevância da prova, bem como a necessidade, adequação e proporcionalidade. Os dois primeiros requisitos se relacionam direto com a prova, e, os últimos, com a produção antecipada, afirmando o autor que no processo penal, a produção antecipada não é regra, é uma exceção que deve ser utilizada em *ultima ratio*.

Presente estes requisitos, a parte poderá solicitar a abertura do incidente de produção de provas. Com as modificações operadas pelo denominado pacote anticrime, o requerimento da abertura do incidente de produção de provas fica ao

³¹⁵ Novamente, reitera-se o conhecimento da suspensão da eficácia do dispositivo, em razão da concessão de medida liminar do Min. Luiz Fux, em Medida Cautelar nas ADI nºs 6.298, 6.300 e 6.305. Até o momento de finalização deste trabalho, o julgamento de mérito das ações não havia ocorrido.

³¹⁶ Lopes JR., Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 460

³¹⁷ Lopes JR., Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 203

³¹⁸ GIACOMOLLI, Nereu. Reformas (?) Do Processo Penal – Considerações Críticas. Provas, Ritos Processuais, Júri, Sentenças. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2008. p. 36-37.

encargo das partes, acusação e defesa, retirando-se do juiz o protagonismo da produção de provas. A nova face do Código de Processo Penal busca consolidar o modelo acusatório emanado da Constituição Federal.

Assim, o requerimento para a instauração do incidente de produção de provas poderá ser feito pela acusação e pela defesa, tendo em vista que a nova legislação não veda a possibilidade de a defesa do investigado requerer a abertura do expediente. O Ministério Público, como titular da ação penal, poderá requerer a produção da prova antecipada, visando os interesses do Estado-Acusação. A única impossibilidade é a de o juiz decretar de ofício a produção antecipada da prova.

Para a abertura do incidente de produção antecipada de provas, existem critérios que devem ser avaliados pelo juízo no deferimento da medida. A sua prática, na lição de Jesús Pérez-Cruz Martín,³¹⁹ somente poderá ocorrer em contraditório, requerendo a avaliação judicial quanto às circunstâncias que justificam e embasam a sua realização. Segundo o autor, o contraditório judicial se cumpre mediante: (1) presença do advogado do imputado na prática da diligência, ainda que este se encontre ausente; (2) a leitura das declarações na audiência do julgamento oral, podendo ser substituída pela gravação da diligência; e (3) vigência do princípio do contraditório desde a existência da imputação material, com direito, às partes, à participação em qualquer diligência de instrução e qualquer diligência que se pode alcançar e valorar como prova.³²⁰

O incidente de produção antecipada da prova somente pode ser admitido em casos extremos, em que se demonstra a fundada probabilidade de que será inviável a posterior repetição na fase processual.³²¹ Aury Lopes Junior elenca uma série de requisitos para a produção da prova antecipada, os quais acarretam que o procedimento, para a garantia e eficácia da prova, deverá observar: a) audiência pública e oral, salvo os casos em segredo de justiça; b) o ato deverá ser presidido pelo juiz das garantias que o autorizou; c) na presença das futuras partes e seus respectivos advogados; d) a observância dos requisitos formais que o ato receberia se realizado na fase processual; e) permissão para intervenção que teria o sujeito passivo se praticada no processo. No caso da prova testemunhal, é importante que ela seja

³¹⁹ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Augustín Jesús *et al.* **Derecho Procesal Penal**. 3. ed. Espanha: Thomsom Reuters, 2014, p. 552.

³²⁰ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Augustín Jesús *et al.* **Derecho Procesal Penal**. 3. ed. Espanha: Thomsom Reuters, 2014, p. 552-553.

³²¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2020, p. 203.

fielmente reproduzida, utilizando-se para isso dos melhores meios disponíveis, especialmente a filmagem e gravação.³²²

As circunstâncias apontadas poderiam garantir minimamente o contraditório e a ampla defesa, concedendo o status³²³ de prova. Diferentemente do Código de Processo Penal, o Código de Processo Civil possui uma disciplina mais clara sobre o procedimento de produção antecipada da prova. Como disposto no tópico anterior, sobre a impossibilidade de aproveitamento das categorias do processo civil, analisar-se-á o disposto no Código de Processo Civil visando afastar a importação *à la carte* das categorias.

Pelo CPC, o requerente deverá apresentar a petição com as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova, mencionando e especificando sobre quais fatos ela recairá. Ou seja, há uma necessidade de a parte especificar sobre quais fatos pretende produzir a prova de forma antecipada. Posteriormente, o juiz deverá, de ofício ou a requerimento das partes, citar os interessados para a produção da prova, salvo se inexistente caráter contencioso. Em linhas gerais, as disposições do Código de Processo Civil são mais claras e objetivas, respeitando as particularidades do instituto em voga.

Além dos problemas terminológicos e conceituais, na atual construção do processo penal, a citação somente ocorre após o oferecimento da acusação, circunstância que impede a utilização de “citação” para a participação da produção antecipada da prova. Veja-se que, na sequência, o art. 382, §2º do Código de Processo Penal brasileiro, impossibilita o juiz de se manifestar sobre a ocorrência ou inoocorrência dos fatos, nem das consequências jurídicas do ato.

O segundo ponto de confronto é que a participação dos interessados ou eventuais envolvidos na investigação deverá ser obrigatória para que o ato possa ser valorado na sentença como elemento de prova. Sem a participação do sujeito passivo da investigação, o resultado da produção antecipada de prova será mero elemento informativo, assim como os demais da investigação.

Pelo exposto, a importação de categorias do processo civil acaba não resolvendo o problema da omissão do legislador penal, pelo contrário, ocasiona novos problemas por transpor conceitos de determinada categoria e uma perigosa analogia, sem

³²² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2020, p. 204.

³²³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2020, p. 204.

atender às categorias do processo penal.³²⁴ Para que ocorra a devida observância aos procedimentos de prova antecipada e seu ritual de produção, é necessário criar procedimento próprio sem a importação de categorias do processo civil³²⁵ ou até mesmo utilizando da analogia com outros institutos, respeitando as necessidades do processo penal e as garantias fundamentais dos investigados e envolvidos na utilização deste instituto.

O instituto da prova antecipada no âmbito civil e penal possui diversas diferenças que impedem a importação ou utilização de uma das categorias na ausência de regulamentação efetiva. Todavia, isto não obsta de reconhecer o acerto do legislador na implementação de diretrizes claras e objetivas na produção da prova antecipada no juízo civil. Tais características possibilitam a produção de forma antecipada de diversas categorias de provas distintas, sejam elas periciais ou testemunhais. Já no processo penal, não há um rito claro, lógico e coerente a ser seguido. São pequenas diretrizes esparsas ao longo do texto que direcionam a atuação do juiz, mas que não compreendem a grandeza e importância do instituto.

³²⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2020, p. 203.

³²⁵ Claus Roxin e Bernd Schunemann dissertam que: *“El Derecho procesal penal forma parte del gran complejo del Derecho procesal (del “Derecho formal”) y es, por ello, Derecho público. Em diversas ocasiones se ha intentado desarrollar principios generales de los distintos Derechos procesales (una denominada teoría general del Derecho procesal) y, de ello, volver a deducir conclusiones para el Derecho procesal penal. No obstante, el provecho de tal punto de vista ha resultado hasta la fecha muy reducido. 1. Un paralelismo con el proceso civil tiene que fracasar, ya que no se puede comparar la “pretensión penal” del Estado con la pretensión del accionante en el proceso civil, sino que ella solo representa una reformulación conceptual de la facultad de intervención estatal. Em efecto, se puede establecer una serie de conceptos generales del Derecho procesal como, por ejemplo, “el objeto procesal” y la “cosa juzgada”, formal o material (ver infra §§ 20 y 52); pero una definición plena de sentido solo se puede dar em el marco del Derecho procesal correspondiente, mientras que un concepto general común queda demasiado abstracto y, por ello, no aporta nada nuevo a la tarea de administrar justicia. 2. Tampoco una comparación con el Derecho procesal administrativo conduce mucho más lejos. Pues, el proceso administrativo es un proceso de protección jurídica, que el ciudadano ejercita contra intervenciones del Estado, mientras que el proceso penal, por el contrario, presenta un proceso de intervención activado por el Estado, que está provisto de cautelas especiales. También, em forma distinta a lo que sucede em el Derecho Civil y en el Derecho administrativo, en los que las “pretensiones”, por regla general, se satisfacen de manera voluntaria y el proceso es la excepción, “la pretensión penal” estatal solo se puede realizar en el proceso penal; incluso si alguien voluntariamente se denunció a sí mismo para ser sancionado, debería antes realizarse un proceso penal contra él.” (ROXIN, Claus; SCHUNEMANN, Bernd. **Derecho procesal penal**. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2019, p. 63).*

2.5 A Produção de Provas Irrepetíveis Através de Meios Atípicos de Obtenção de Provas

O Código de Processo Penal possui uma disciplina clara sobre a validade das provas, sendo “inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”, exegese do artigo 157. Os meios de obtenção de prova, de uma forma geral, não tiveram a atenção do legislador nas reformas processuais, sendo disciplinados meios de obtenção específicos com a implementação da Lei nº 12.850/2013.

A legislação brasileira disciplina quais meios tipificados de obtenção de prova estão à disposição dos órgãos de persecução penal, não havendo uma disposição geral sobre meios de obtenção de prova não tipificados, o que não autoriza a autoridade policial ou até mesmo o órgão acusador a criar meios de obtenção a partir dos que já estão estabelecidos na legislação.

As políticas criminais adotadas e implementadas nas últimas décadas, visando o “aperfeiçoamento” e a implementação de técnicas especiais de investigação, não possibilitaram que meios de obtenção de prova não tipificados fossem utilizados. A verdade é que, como já sublinhado, não há disposição vedando, mas também não há nenhuma disposição anuindo a utilização de meios de obtenção de provas atípicos. Percebe-se que o legislador tratou o tema de meios de obtenção de prova em legislações específicas, determinando as regras e procedimentos a serem adotados.

A produção de provas irrepetíveis no processo penal é um tema inexplorado e delicado em termos de garantias e direitos fundamentais. O ponto de conflito é justamente a ausência de regramento procedimental, dado o momento em que a prova é produzida, e a intromissão na vida privada dos investigados.³²⁶ A partir das diretrizes construídas nos tópicos anteriores, é indispensável verificar, ainda que preliminarmente, a (im)possibilidade de produção de provas irrepetíveis através de

³²⁶ “Surgem em relação às formas de descoberta das fontes de prova diversos problemas de atipicidade ou de irritualidade, em virtude do aparecimento de novos meios de investigação ou do abusivo uso de meios existentes. Enquadram-se, aqui, a infiltração policial, as ações encobertas, as quebras de sigilos, as interceptações, as gravações. Devem o uso e a avaliação desses meios de busca de prova ser feitos com cautela, tendo em conta que, em regra, representam sérias restrições aos direitos individuais” (FERNANDES, Antonio Scarance. *Tipicidade e Sucedâneos de Prova*. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Provas no processo penal**: Estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41).

meios de obtenção de provas atípicos. Sob este aspecto, é imperioso retomar alguns conceitos trabalhados neste capítulo.

Provas irrepetíveis são todas aquelas que, por suas características, não podem ser produzidas em momento posterior, ou seja, necessariamente devem ser produzidas no exato momento em que os fatos estão acontecendo. Há uma diferenciação operada por Aury Lopes Junior com relação à classificação das provas irrepetíveis, já abordada no presente estudo, mas que será retomada brevemente.³²⁷

As provas irrepetíveis por sua natureza deverão ser colhidas no momento da sua ocorrência sob pena de perda daqueles elementos, por exemplo, perícia no local do crime. As provas irrepetíveis pelas suas circunstâncias específicas são aquelas em que “a irrepetibilidade não decorre da sua natureza, mas de uma circunstância específica daquele caso”. Partimos da premissa de que meios de obtenção de provas atípicos são todos aqueles que não estão tipificados no Código de Processo Penal ou demais legislações extravagantes e que também não permitem a utilização de analogias com outros meios de provas já existentes e tipificados.³²⁸

Manuel da Costa Andrade,³²⁹ por seu turno, identificou um conjunto de sete balizas “de índole material, formal-procedimental e orgânica, de cujo preenchimento cumulativo depende a legitimidade e validade destes meios de recolha de prova no quadro do Estado de Direito”, quais sejam: a) reserva de lei; b) catálogo de crimes; c) suspeita fundada na prática delitiva; d) subsidiariedade no método investigativo; e) proporcionalidade em sentido estrito; f) não invasão dos sigilos legais (profissionais, por exemplo); e g) reserva de juiz.

Neste sentido, questiona-se se é possível a produção de provas irrepetíveis através de meios não tipificados. Adianta-se, para a compreensão deste trabalho, que a conclusão deste tópico é pela impossibilidade de utilização de meios atípicos de obtenção de provas irrepetíveis.

³²⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 202

³²⁸ “Regimes inquisitórios recorrem à analogia e à interpretação extensiva ou analógica é comum. Por mei dela escancara-se o horizonte de possibilidades de punição fora dos marcos legais que constituem o alicerce da noção de devido processo legal.” (PRADO, Geraldo. **Estudos jurídicos**. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 203).

³²⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. **Bruscamente no verão passado, a reforma do código de processo penal**: observações e críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 112.

Os limites impostos pela Constituição Federal³³⁰ serão trazidos ao presente estudo como barreiras e impedimentos sobre o poder estatal, evitando-se a efetivação através do direito penal e processual penal de abusos e arbítrios. Não é concebível, diante do modelo de processo penal fundado em garantias e direitos fundamentais, autorizar a autoridade policial a utilizar meios de obtenção de provas sem que seus limites e alcances estejam tipificados e autorizados na legislação, com seus limites, hipóteses e incidência.

Primeiro, é necessário repisar que, em matérias que atentem às liberdades e privacidade, o princípio da legalidade³³¹ impõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em decorrência da lei.³³² Em outras palavras, a tipificação e materialização dos institutos processuais e penais é a primeira barreira a impedir que meios não tipificados sejam utilizados.³³³

³³⁰ Sobre os princípios aplicáveis ao processo penal, Jorge Figueiredo Dias adverte: “Daqui resultam entre outras, as exigências correntes: de uma estrita e minuciosa *regulamentação legal* de qualquer indispensável intromissão, no decurso do processo, na esfera dos direitos do cidadão constitucionalmente garantidos; de que a lei ordinária nunca elimine o *núcleo essencial* de tais direitos, mesmo quando a Constituição conceda àquela lei liberdade para os regulamentar; de estrito *controle judicial* da atividade de todos os órgãos do Estado, mesmo do que cumpram funções puramente administrativas, desde que tal atividade se prenda com as garantias constitucionais; de *proibição das jurisdições de exceção*, através da garantia do juiz legal ou natural, que ponha o arguido a coberto de qualquer manipulação do direito constitucional judiciário; de *proibição de provas* obtidas com violação da autonomia ética da pessoa, mesmo quando esta consinta naquela; etc. Da mesma fonte deriva, finalmente, o mandamento de que a interpretação e aplicação dos preceitos legais se perspective *a partir da Constituição* e se leve a cabo *de acordo com esta*.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 74-75).

³³¹ Jorge de Figueiredo Dias sinaliza que “é princípio constitucional suficientemente expresso na conexão material [...] que a verificação do crime e a aplicação da sanção só podem ter lugar em processo, *i.e.*, através de um procedimento judicial fixado: *nulla poena sine processu (sine iudicio)*. Não apenas, portanto, legalidade dos crimes e das penas, mas legalidade da inteira ‘repressão’, que põe em jogo a liberdade da pessoa desde o momento em que o mecanismo repressivo se movimenta até àquele em que a reação declarada é concretamente executada. Só com este entendimento obterá o cidadão uma garantia efectiva e concreta, que não de simples expressão formal.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. 1.ed. Coimbra: Editora, 2004, p.77). Ver mais em: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 302.

³³² “O art. 5º, II, da Constituição Federal, preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei.” (MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 106).

³³³ Geraldo Prado em estudo sobre a infiltração policial e a tensão com a legalidade probatória assinala: “O direito brasileiro paulatinamente tem dado passos em busca de aperfeiçoar os mecanismos de controle da atividade probatória para coibir as diversas formas de violação do mandamento constitucional da proibição de provas. Da referência genérica do horizonte político e axiológico estampado na regra constitucional do inciso LVI do art. 5º à redução da complexidade operada com a entrada em vigor da Lei n. 11.690/2008, a caminhada do nosso Direito Processual Penal tem produzido seus frutos. O tema central desse ensaio reivindica um estreitamento da complexidade para colher

A legalidade em matéria processual penal é imprescindível para a efetiva persecução e garantia dos direitos fundamentais do investigado. Claus Roxin, ao analisar a proteção do âmbito privado da personalidade afirma que *“por consiguiente, cualquier intromisión en el ámbito privado de las personas es admisible únicamente hasta el límite explícitamente permitido por la ley”*.³³⁴ Prossegue, o autor, destacando que *“el resultado de una demarcación absolutamente clara de competencias es que cualquier prueba obtenida de tal forma no puede ser usada, a no ser que se haya cumplido con todos los requerimientos legales”*.³³⁵

Como adverte Geraldo Prado, “o estado de direito tem nas regras do devido processo legal sua base jurídico-política, por meio da qual o exercício legítimo do monopólio da força tende a não se converter em arbítrio”,³³⁶ o que leva o autor a afirmar que “não tem sentido conceber a atuação estatal de verificação da responsabilidade penal de alguém fora das margens instituídas no âmbito da legalidade”.³³⁷ Assim, a não tipificação de meios de obtenção de provas com limites e circunstâncias claras acarreta grave violação ao princípio da legalidade.

Em trabalho clássico sobre a nulidade das provas no processo penal, Grinover, Fernandes e Gomes Filho³³⁸ anotam que “é por isso que a investigação e a luta contra a criminalidade devem ser conduzidas de uma certa maneira, de acordo com um rito determinado, na observância de regras preestabelecidas” e que

práticas que se referem a procedimentos probatórios concretos que, apesar da aparência da legalidade, comprometem os valores básicos que a Constituição tutela por intermédio da positivação dos direitos fundamentais. O que se pretende, pois, é demonstrar que a dupla conformidade – legal/judicial – dos procedimentos probatórios adotados pela Polícia e sufragados pelo MP, em semelhante hipótese, não é observada, rastreando as graves consequências disso para a sanidade do próprio processo.” (PRADO, Geraldo. **Estudos jurídicos**. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 199).

³³⁴ ROXIN, Claus. **Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal**. Santa Fe: Rubinzal Culsoni, 2007, p. 102.

³³⁵ ROXIN, Claus. **Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal**. Santa Fe: Rubinzal Culsoni, 2007, p. 102.

³³⁶ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 42.

³³⁷ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 42.

³³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 155.

o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo.³³⁹

Por conseguinte, todos os requerimentos da autoridade policial que sejam passíveis de ingresso na esfera da intimidade do investigado encontram a necessidade de intervenção e acionamento do *princípio da reserva de jurisdição*. A reserva constitucional de função do Poder Judiciário é para a jurisdição dever de tutela dos direitos fundamentais das pessoas e é neste contexto que a legítima atuação das agências de repressão penal encontra limites.³⁴⁰

Em dissertação de mestrado apresentada na Universidade de São Paulo, Fernanda Regina Vilares analisa o princípio da reserva de jurisdição no processo penal asseverando que “casos em que há conflito entre direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos, de maneira que o Poder Judiciário é o único órgão apto a solucionar esta colisão e efetuar uma restrição a um desses interesses” em razão da “independência da função jurisdicional e a natureza dos direitos fundamentais como fatores justificantes de tal assertiva”.³⁴¹

O ponto conflitante é que para adentrar na esfera de intimidade e privacidade do investigado, necessariamente deverá ocorrer a autorização do juízo competente. Contudo, tal possibilidade se mostra impossível de ocorrer sem a especificação de que maneira ocorrerá ou até mesmo com a indicação de qual meio de obtenção e prova será utilizado, com os limites estipulados pela lei. Neste aspecto, o controle constitucional se dá através do princípio da proporcionalidade.³⁴²

Como adverte Manuel Valente, tratando dos meios excepcionais de investigação criminal, “consideramos que o recurso a meios excepcionais de investigação criminal

³³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 155.

³⁴⁰ PRADO, Geraldo. **Estudos jurídicos**. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 177.

³⁴¹ VILARES, Fernanda Regina. **A reserva de jurisdição no processo penal**: Dos reflexos no inquérito parlamentar. 2010. Dissertação (Mestrado em Tese Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 104.

³⁴² “Princípio da proporcionalidade em sentido lato ou da proibição do excesso que se subdivide em três corolários diretos [adequação, necessidade e exigibilidade, e proporcionalidade em sentido estrito] e em dois indiretos [subsidiariedade e indispensabilidade], sem que se olvidem os pressupostos da irretroatividade e da proibição da negação do conteúdo nuclear do direito, da liberdade ou da garantia a restringir;” (VALENTE, Manuel M. G. Editorial dossiê “Investigação preliminar, meios ocultos e novas tecnologias”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 473-482, mai./ago. 2017, p. 476. Disponível em: https://doi.org/10.22197/rbd_pp.v3i2.82. Acesso em: 02 jul. 2020)

ou a metodologias de obtenção de informação e prova criminal deve estar previsto e legislado, mas submetido desde logo ao princípio da excecionalidade”.³⁴³

Poder-se-ia questionar se, mesmo com a autorização judicial, o delegado estaria apto a adotar meios atípicos para obtenção de provas irrepetíveis. Sob aspecto, volta-se ao primeiro impeditivo que é a legalidade penal, ou seja, a ausência de disposições específicas que estipulem os alcances da medida e a impossibilidade de o magistrado criar limites.

Obviamente que se a autoridade judicial criar limites, atuará em esfera fora da sua competência. Assim, estará o juiz legislando e criando mecanismos inexistentes, o que certamente teria graves efeitos e consequências na imparcialidade do magistrado. Independente ou não da atuação do juiz das garantias, esta medida feriria a paridade de armas dentro do processo penal.

Os meios atípicos de obtenção de provas irrepetíveis possuem certa similaridade com os meios ocultos de obtenção de prova, justamente pelo momento de utilização, tendo em vista que as provas irrepetíveis são produzidas sem a ciência e conhecimento do investigado, ou seja, haverá uma flexibilização em matéria de direitos e garantias fundamentais, especialmente do direito à privacidade e a não autoincriminação. Sob este prisma, a produção da prova através de meios atípicos possui nítida violação de direitos fundamentais e não meramente uma irregularidade³⁴⁴ no momento de produção de determinada prova.

Como leciona Antonio Scarance Fernandes, a respeito dos meios de obtenção de prova, “é na fase de investigação que ocorrem maiores restrições a direitos

³⁴³ VALENTE, Manuel M. G. Editorial dossiê “Investigação preliminar, meios ocultos e novas tecnologias”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 473-482, mai./ago. 2017, p. 474. Disponível em: https://doi.org/10.22197/rbd_pp.v3i2.82. Acesso em: 02 jul. 2020.

³⁴⁴ Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín faz uma diferenciação entre as provas obtidas mediante violação de direitos fundamentais daquelas produzidas com alguma irregularidade processual: “La prueba producida irregularmente – cuya distinción respecto de la prueba con vulneración de derechos fundamentales aparece apuntada em la STC 114/1984, de 29 de noviembre-pues se trataría de aquella diligencia probatoria que es obtenida o practicada con infracción de normas procesales contempladas em la legislación procesal y cuyo alcance corresponde apreciar a los Tribunales ordinarios [...]. La comisión de alguna irregularidad em la obtención o producción de la prueba determinar, em opinión de ORTELLS RAMOS, ilicitudes y responsabilidad civil, administrativa o penal, pero no ineficacia procesal de la misma, a diferencia de lo que ocurre cuando la infracción implica una vulneración de derechos y libertades fundamentales de dicha opinión doctrinal discrepan Miranda Estrampes, para quien -como afirma Tomé García-la infracción de la Ley procesal, em todos aquellos supuestos em que la ley procesal disciplina la forma de practicar una determinada prueba, debería implicar, salvo supuestos excepcionales, la inadmisibilidad e ineficacia del medio de prueba defectuosamente practicado.” (PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús *et al.* **Derecho Procesal Penal**. 3. ed. Espanha: Thomsom Reuters, 2014, p. 525).

individuais para a descoberta e a recolha da prova, em regra devem ser eles típicos, com a fixação de hipóteses, limites e forma dos atos de investigação”. Contudo, permite-se a utilização de meios atípicos desde que estes “não representem restrições a direitos individuais”.³⁴⁵ É por este fato que todo cuidado para com a produção deve estar tipificado na legislação, para que não haja arbítrios e violações a direitos no momento de produção da prova irrepetível.

O terceiro vetor que impede a utilização de meios atípicos de obtenção de provas é a impossibilidade de utilização do princípio do contraditório e ampla defesa. Veja-se que os métodos ocultos de investigação impossibilitam o contraditório. Se o objetivo for a produção de prova irrepetível com a necessidade de antecipação do momento processual, tal situação restará prejudicada.

Maria Beatriz Seabra de Brito, ao tratar de métodos ocultos de obtenção de prova, advoga pela necessidade de que estejam “sujeitos a exigências particularmente rígidas de reserva de lei, só sendo admitidos na medida em que gozem de expressa, específica e detalhada consagração”, inclusive, “não admitindo o recurso à analogia”.³⁴⁶ Objetivamente, a produção de provas no inquérito policial e ao longo da instrução processual inequivocamente deverá observar os critérios do princípio da legalidade e ampla defesa.

Sem fazer uma avaliação mais profunda, poderiam ser produzidas por métodos atípicos, desde que haja a concordância das partes e a observância de direitos e garantias fundamentais, apenas as provas antecipadas e que suas circunstâncias específicas permitam a sua instrumentalização, respeitados os princípios do contraditório e ampla defesa. No magistério de Gustavo Badaró

Já com relação aos meios de obtenção de prova, não havendo uma lei que discipline os requisitos para a sua produção, seria inadmissível a restrição do direito fundamental sem observância do princípio da legalidade, que, mais do que nominar um meio de obtenção de prova, deve estabelecer seus requisitos, as hipóteses de cabimento, seu prazo de duração etc. Em outras palavras, os meios de obtenção de

³⁴⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e Sucedâneos de Prova. *In*: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Provas no processo penal**: Estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43.

³⁴⁶ BRITO, Maria Beatriz Seabra de. **Novas tecnologias e legalidade da prova em processo penal**: Natureza e enquadramento do GPS como método de obtenção de prova. Coimbra: Almedina, 2018, p. 50.

prova estão regidos por um princípio de reserva legal, não sendo possível a produção de meios de obtenção de provas atípicos.³⁴⁷

Em síntese, a categoria das provas irrepetíveis, por sua natureza, não comporta a utilização de meios atípicos de obtenção de prova por ferir os princípios da: (i) legalidade, (ii) reserva de jurisdição, (iii) contraditório e ampla defesa.

³⁴⁷ BADARÓ, Gustavo. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coord.). Colaboração premiada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 131

III LIMITES CONSTITUCIONAIS PARA A PRODUÇÃO DE PROVA IRREPETÍVEL NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

O cenário exposto no capítulo anterior desenha uma grande problemática envolvendo a produção das provas irrepetíveis. A carência de diretrizes para o procedimento a ser adotado na investigação preliminar expõe a necessidade de tratarmos dos limites, através da epistemologia³⁴⁸. Sem a pretensão de exaurir o tema da epistemologia, que é de extrema complexidade, buscar-se-á desenvolver conceitos e critérios para a produção da prova irrepetível no processo penal.

3.1 Meios Atípicos e Limites Epistemológicos para a Produção de Provas Irrepetíveis

A construção de fatos pretéritos no inquérito policial, em linhas gerais, reclama a observância de um procedimento legal de recolhimento de dados e circunstâncias, bem como a observância das garantias constitucionais.³⁴⁹ Por muito tempo, debateu-se a possibilidade de alcance da verdade real no processo penal, através de

³⁴⁸ “Uma das questões “perenes” do processo penal é a luta pelo controle do poder punitivo que se manifesta na decisão judicial e reflete na valoração da prova produzida. Existe um tensionamento constante entre prova e decisão que culmina na necessidade de um controle epistêmico que permeia a admissão, produção, valoração e decisão.” (LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 387).

³⁴⁹ “O aspecto objetivo dos direitos fundamentais impõe ao Estado a apuração dos fatos, como já asseverou a Corte Interamericana de Direitos Humanos. No entanto, disso não resulta que a persecução penal seja efetiva apenas quando resulte em condenação. Ao contrário, é efetiva na medida em que possibilita a reconstrução do fato com a irrestrita observância das garantias individuais, em especial o exercício pleno do direito de defesa. Ainda que se reconheça a existência de deveres fundamentais objetivos, eles não se sobrepõem, e quiçá sequer se equiparam, às liberdades individuais, na medida em que o processo penal materializa relação de poder - submissão - entre Estado e cidadão.” (MAYA, André Machado. O processo penal na sociedade de risco: a persecução penal no Brasil entre os ideais de liberdade e segurança. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n 73, p. 197-222, abr./jun. 2019, p. 218).

reconstrução histórica dos fatos,³⁵⁰ a posição do juiz³⁵¹ como historiador³⁵² e parte ativa na busca deste objetivo de verdade.³⁵³ Gustavo Badaró ensina que o mecanismo do processo é colocado em prática para a averiguação de uma imputação, ou seja, “uma atribuição de um fato concreto que seja subsumível a um tipo penal e configure crime a quem o tenha praticado ou para ele tenha concorrido”.³⁵⁴

Fazendo referência à imparcialidade do julgador e à procura da verdade dos fatos, segundo a visão de Michelle Taruffo, a busca é como uma afirmação da imparcialidade do magistrado, fazendo dela o verdadeiro fundamento racional da decisão, o que inclui a anuência ao julgador de utilizar-se de poderes instrutórios, questionando a atuação da defesa e da acusação sob este prisma, eis que suas iniciativas são pautadas pela vitória, e não pela busca da verdade.³⁵⁵

³⁵⁰ “Grande parte da doutrina, independentemente da sua posição em relação ao problema colocado pela verdade real, aponta que a prova penal é uma reconstrução histórica. Todavia, há uma diferença significativa: os historiadores pesquisam um recorte específico, problematizado por eles mesmos. Os juízes não. Suas preocupações estão ligadas a uma dada situação sobre a qual devem sentenciar. É justamente esta condição que faz com que os freios legais colocados diante do juiz devam ser mais eficazes do que os limites éticos e científicos colocados ao historiador. Entretanto, sob a chancela da dita verdade real, o juiz assume poderes ilimitados e ignora - propositalmente ou não - perigos dos quais o historiador está muito consciente.” (KHALED JR., Salah H. O juiz e o historiador na encruzilhada da verossimilhança: ambição de verdade no processo penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 30, p. 189-206, 2008, p. 192).

³⁵¹ Salah Khaled Jr. faz análise a comparação entre juiz e historiador e a posição de ambos na reconstrução dos fatos, afirmando que: “O juiz, diferentemente do historiador, não dispõe de liberdade para investigar os fatos pretéritos submetidos a seu julgamento, ou seja, quanto aos meios que poderiam se mostrar mais idôneos ao conhecimento da verdade. No juízo, a verdade não pode ser declarada sem levar em conta determinados procedimentos lógicos correspondentes a alguns tipos fixados previamente em lei, que se denominam provas por excelência, de forma que a verdade conhecida pelo juiz através de meios não correspondentes a estes não pode valer em juízo como verdade [...]” (KHALED JR., Salah H. O juiz e o historiador: revisitando uma comparação clássica. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 02, p. 73-91, 2014, p. 79-80).

³⁵² Ver mais em TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2005, p. 336.

³⁵³ Lição fundamental de James Goldschmidt: “Outro caminho para se chegar à verdade e à justiça é que o juiz encarregado da jurisdição penal se limite à decisão quanto às solicitações interpostas do material produzido, deixando a interposição das solicitações e o recolhimento do material àqueles que, perseguindo interesses opostos, são representados como partes. O procedimento penal, dessarte, converte-se em um litígio, e o exame do acusado não tem outro sentido a não ser de outorgar ausência. Essa configuração do processo, ou seja, a aplicação do princípio dispositivo ou de requerimento de parte ao procedimento criminal, é a acusatória. Parte do enfoque de que o melhor meio para averiguar a verdade e verificar a justiça é deixar a invocação do juiz e o recolhimento do material processual àqueles que perseguem interesses opostos e sustentam opiniões divergentes; mas desincumbindo-se dessa tarefa aquele que tem de decidir o assunto e garantindo, desse modo, sua imparcialidade.” (GOLDSCHMIDT, James Paul. **Princípios gerais do processo penal**: conferências proferidas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 73).

³⁵⁴ BADARÓ, Gustavo. H. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018, p. 45. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>. Acesso em: 20 mai. 2020.

³⁵⁵ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: O Juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 145.

Como adverte Aury Lopes Jr., “o maior inconveniente da verdade real foi ter criado a ‘cultura inquisitiva’ que acabou se disseminando por todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal”, sendo que, “a partir dela, as práticas probatórias mais diversas estão autorizadas pela nobreza de seus propósitos: a verdade”.³⁵⁶

A excepcionalidade da produção das provas irrepetíveis reforça a necessidade de construção de um sistema epistemológico³⁵⁷ válido e que tenha a devida observância aos princípios constitucionalmente assegurados ao investigado. Contudo, é inevitável a construção de limites epistemológicos para a produção das provas irrepetíveis no processo penal. Neste ínterim, faz-se necessário tecer breves comentários sobre o conceito de epistemologia e sua interligação com o processo penal.

Sobre a epistemologia, Larry Laudan refere que “a epistemologia ingressa no processo, não como epistemologia ‘pura’, entendida como estudo crítico dos métodos e da validade do conhecimento”, mas sim como a epistemologia direcionada e aplicada “ao direito e, mais precisamente, ao processo, entendida assim, como epistemologia judiciária”.³⁵⁸ Apesar de haver uma premissa universal de que o processo é ainda uma instituição jurídica que busca e procura a verdade, há uma incerteza e confusão muito grande em relação aos procedimentos probatórios que estão relacionados ao sistema probatório, muitas vezes obstaculizando ou facilitando o descobrimento da verdade.³⁵⁹ Ainda, Laudan afirma que a epistemologia ingressa no processo em caráter descritivo e normativo:

De modo que la epistemología jurídica, concebida apropiadamente, consta de dos proyectos: a) uno de carácter descriptivo, consistente en determinar cuáles de las reglas vigentes promueven o facilitan la verdad y cuáles la obstaculizan, y b) otro normativo, consistente en proponer cambios en las reglas existentes al efecto de modificar o

³⁵⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 389.

³⁵⁷ “*En términos generales, la epistemología aplicada es el estudio orientado a determinar si los diversos sistemas de investigación que pretenden estar buscando la verdad (en diferentes ámbitos) cuentan o no con un diseño apropiado que les permita generar creencias verdaderas acerca del mundo. Los teóricos del conocimiento —como a veces se conoce a los epistemólogos— son quienes rutinariamente examinan prácticas de esta naturaleza, como la ciencia o las matemáticas, a los efectos de diagnosticar si son capaces de cumplir con su pretendido propósito (averiguar la verdad).*” (LAUDAN, Larry. **Verdad, error y proceso penal**. Un ensayo sobre epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 23).

³⁵⁸ LAUDAN, Larry. **Verdad, error y proceso penal**. Un ensayo sobre epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 23.

³⁵⁹ LAUDAN, Larry. **Verdad, error y proceso penal**. Un ensayo sobre epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 23.

eliminar aquellas que constituyan impedimentos graves para la búsqueda de la verdad.³⁶⁰

Gustavo Badaró descreve que a contribuição da epistemologia é importantíssima “no que atine a prova judicial, uma vez que a preocupação central da epistemologia judiciária é compreender o que é prova, como ela é estruturada e o que a faz melhor ou pior, mais forte ou mais fraca”.³⁶¹ Seguindo seu raciocínio, o referido autor verifica

como as garantias processuais e, em especial, seus corolários que mais concretamente regem o desenvolvimento do processo e da instrução, portam-se perante um modelo de epistemologia judiciária que tenha na descoberta da verdade [...] um dos seus fins institucionais.³⁶²

Para isso, Gustavo Badaró analisa as garantias processuais a partir de um tríptico critério epistemológico. Segundo o autor, as garantias processuais epistemologicamente positivas são aquelas facilitadoras, até mesmo auxiliares, na descoberta da verdade, por exemplo, o contraditório que permite o funcionamento da dialética processual. Já as garantias processuais epistemologicamente neutras são aquelas que não favorecem e nem obstaculizam a descoberta da verdade, como a publicidade processual e o juiz natural. Por fim, as garantias epistemologicamente negativas, ou seja, antiepistêmicas, são contraproducentes para a descoberta da verdade, por exemplo, a ausência de motivação no tribunal do júri.³⁶³

Sob este prisma, a epistemologia jurídica permeia as ciências em diversas áreas do conhecimento. Caio Badaró Massena, nesse sentido, analisa a produção da prova testemunhal a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho, afirmando que “o estudo do testemunho como forma de aquisição de conhecimento é fundamental

³⁶⁰ LAUDAN, Larry. **Verdad, error y proceso penal**. Un ensayo sobre epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 23.

³⁶¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e contextos probatórios**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 134.

³⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e contextos probatórios**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 23.

³⁶³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e contextos probatórios**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 23

para se pensar em mecanismos adequados de regulação da prova testemunhal no âmbito do processo judicial”.³⁶⁴

A partir da visão do supracitado autor, salienta-se o papel fundamental da testemunha na aquisição de conhecimento e a necessidade de estabelecer uma forma segura de ingresso desta prova no processo, reiterando a insuficiência das disposições do Código de Processo Penal, considerando a complexidade do tema e advertindo-se que “a omissão em relação a importantes aspectos do procedimento de produção da prova testemunhal abre espaço à discricionariedade que, não raro, se converte em arbítrio”.³⁶⁵ Sua conclusão vai no sentido de afirmar que o principal problema “é que tal discricionariedade afasta a racionalidade do procedimento, comprometendo a qualidade epistêmica do depoimento oferecido pelas testemunhas”.³⁶⁶

A produção da prova testemunhal de forma antecipada é uma das hipóteses contempladas no Código de Processo Penal, quando há risco ou receio de que esta prova se torne irrepitível. Ainda que o procedimento seja carente de regulamentação clara e abrangente, a sua produção deverá observar determinados requisitos legais para ter a devida abertura do incidente de produção de prova antecipada.

Tratando-se de prova testemunhal, em circunstâncias que poderá tornar-se irrepitível por fatos supervenientes, é necessário estipular limites epistemológicos para a sua produção e desenvolvimento³⁶⁷ dentro do processo, sob pena de o meio de obtenção utilizado ser considerado atípico, mesmo que contenha previsão legal.³⁶⁸

³⁶⁴ MASSENA, Caio Badaró. A prova testemunhal no processo penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 23-59, jun. 2019, p. 28.

³⁶⁵ MASSENA, Caio Badaró. A prova testemunhal no processo penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 23-59, jun. 2019, p. 54.

³⁶⁶ MASSENA, Caio Badaró. A prova testemunhal no processo penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 23-59, jun. 2019, p. 54.

³⁶⁷ “Em todo e qualquer procedimento de caráter epistêmico tem importância decisiva o método, ou seja, o conjunto das modalidades com que são selecionadas, controladas e utilizadas as informações que servem para demonstrar a veracidade das conclusões. No âmbito do processo isso equivale a fazer referência sobretudo às regras que disciplinam a produção das provas e sua utilização, ou seja, ao “direito das provas” e à equivalente noção anglo-americana da *law of evidence*.”. (TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: O Juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 164).

³⁶⁸ “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, a menos que se definam mecanismos de estabelecimento prévio das “regras

Isso passa pela elaboração de diretrizes que tenham o seu alcance e hipóteses legais de incidência.

Ainda tratando da epistemologia da prova, Marina Gascón Abellán questiona o motivo pelo qual se assume o mito quase dogmático da infalibilidade da prova científica em detrimento das provas não científicas. A autora refere que as provas não científicas estão fundadas em uma base epistêmica fraca, de modo que seus resultados são falhos.³⁶⁹ Com relação às provas científicas,³⁷⁰ argumenta-se que estão embasadas em leis universais e submetidas a uma rigorosa metodologia científica.³⁷¹ Contudo, a autora refere que tal posicionamento se desenha muito pela prova do DNA, tendo em vista a sua metodologia perfeita de verificação.³⁷²

do jogo”, às quais todos os atores do sistema penal, inclusive o juiz, devam se submeter.” (SANTORO, Antonio E. R.; TAVARES, Natália L. F.; GOMES, Jefferson C. O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 605-632, mai./ago. 2017, p. 615. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.76>. Acesso em: 10 jul. 2020.

³⁶⁹ ABELLÁN, Marina Gascón. Prueba científica. Un mapa de retos. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica**: Ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 183.

³⁷⁰ Adotando uma postura mais crítica, Marina Gascón Abellán refere que a qualidade epistêmica de uma prova científica depende de vários resultados: “*Em primer lugar depende de la validez científica y/o metodológica de la misma. Muchas de estas pruebas pueden realizarse por métodos científicos diferentes y no todos ellos gozan del mismo crédito en la comunidad científica correspondiente, de manera que la validez científica del método usado, y con ello la calidad de los resultados alcanzados, pudiera ser objeto de discusión. En segundo lugar, la fiabilidad atribuible a una prueba científica depende también de su calidad técnica. Cabe hablar a este respecto de corrección técnico-procedimental, en referencia a todo el proceso que conduce desde el descubrimiento o registro del estigio o de la muestra hasta su análisis en el laboratorio (por ejemplo, a efectos de atribuir fiabilidad al resultado del análisis de una huella dactilar, el problema no es tanto, o no sólo, la validez científica de la prueba, sino, em primer lugar, saber quién tomó la huella, por orden de quién, em qué objeto estaba depositada, em qué punto concreto, como fu la cadena de custodia, etc.; y lo mismo con respecto al análisis de una mancha de sangre, orina, saliva). Pero cabe hablar también de corrección técnico-científica, en referencia a su correcta realización em laboratorio: por personal cualificado y siguiendo los protocolos apropiados. La regla aquí debería ser: ‘cuanto mayor es la expectativa de valor probatorio depositada em una prueba, más rigurosos deben ser los controles de realización da mesma’. Y por último, em tercer lugar, no hay que olvidar que las pruebas las realizan personas de carne y hueso, y que por tanto pueden cometer errores. No son pocos los estudios que em los últimos tempos llaman la atención sobre los riesgos cognitivos de algunas pruebas científicas, sobre todo de aquellas tradicionales que, como la dactiloscopia y la grafística, tienen un fuerte componente comparativo que las deja enteramente bajo la supervisión del perito.*” (ABELLÁN, Marina Gascón. Prueba científica. Un mapa de retos. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica**: Ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 184).

³⁷¹ ABELLÁN, Marina Gascón. Prueba científica. Un mapa de retos. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica**: Ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 183.

³⁷² ABELLÁN, Marina Gascón. Prueba científica. Un mapa de retos. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica**: Ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 184.

Segundo Santoro, Tavares e Gomes, “o que caracteriza o meio de prova ou do meio de obtenção de prova é seu procedimento, não seu resultado”,³⁷³ ou seja, o ritual probatório “caracterizador do meio vai desde o requerimento de produção, passando pela sua admissão e produção, até sua valoração”.³⁷⁴

Além dos critérios de urgência e relevância dispostos na legislação, é necessário que outras balizas oriundas de princípios constitucionais sejam implementadas. A elaborada ritualística da prova não está na lei processual para satisfazer caprichos ou tornar o processo um complexo emaranhado de atos enfadonhos.³⁷⁵ Virgínia Pujadas Tortosa³⁷⁶ refere que a divisão de poderes obriga o juiz a aplicar somente o que o Poder Legislativo tenha elaborado em matéria penal, o que explicita o princípio da legalidade penal. Segundo a autora, não há a possibilidade de criação de procedimentos que não estão estabelecidos em lei prévia, acarretando na consagração do princípio da legalidade.

Sobre a valoração da prova, Gustavo Badaró assevera que esta pode ser realizada intuitivamente, contudo, também é possível fazê-la de “modo racional, seguindo cânones lógicos, com mecanismos de controle intersubjetivos, que permitam verificar o erro ou o acerto do juízo de fato realizado no processo”, sendo que, com a epistemologia, “poderão ser obtidas as ferramentas para um aprimoramento da atividade cognitiva do juiz na valoração da prova”.³⁷⁷

A utilização de métodos atípicos de obtenção de provas não possui guarida no sistema constitucional, seja ele atípico ou atípico e oculto. As bases epistêmicas para a reconstrução do fato pretérito ao longo do processo penal não permitem a criação de procedimentos de exceção. As provas irrepetíveis, sejam elas testemunhais ou até mesmo periciais, devem observar a liturgia procedimental previamente estipulada e

³⁷³ SANTORO, Antonio E. R.; TAVARES, Natália L. F.; GOMES, Jefferson C. O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 605-632, mai./ago. 2017, p. 611. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.76>. Acesso em: 10 jul. 2020.

³⁷⁴ SANTORO, Antonio E. R.; TAVARES, Natália L. F.; GOMES, Jefferson C. O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 605-632, mai./ago. 2017, p. 611. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.76>. Acesso em: 10 jul. 2020.

³⁷⁵ SANTORO, Antonio E. R.; TAVARES, Natália L. F.; GOMES, Jefferson C. O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 605-632, mai./ago. 2017, p. 611. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.76>. Acesso em: 10 jul. 2020.

³⁷⁶ PUJADAS TORTOSA, Virgínia. **Para uma teoria general de las medidas cautelares penales**. 2007. Tesis doctoral, Universitat de Girona, *Departament de Dret Públic*, Girona, enero de 2007.

³⁷⁷ BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 85.

legalizada através do Código de Processo Penal ou em legislações específicas que tratem do tema.

3.2 Meios Atípicos e Provas Irrepetíveis: Adequação Constitucional na Investigação Preliminar

A partir da construção e exposição das bases constitucionais do processo penal e da investigação preliminar, é necessário verificar a adequação constitucional e os limites³⁷⁸ dos meios atípicos e das provas irrepetíveis na investigação preliminar. A Constituição Federal é referência para a elaboração e interpretação de novas diretrizes no processo penal.

O processo penal não pode ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido.³⁷⁹ Há a necessidade de “coexistência entre repressão ao delito e respeito às garantias constitucionais, sendo essa a difícil missão do processo penal”.³⁸⁰

A adequação constitucional das provas irrepetíveis na investigação preliminar nos remete à exigência de

submissão dos procedimentos probatórios a determinadas regras – lógicas, psicológicas, éticas, jurídicas etc. – cuja transgressão acarretaria uma inegável fratura entre o julgamento e a sociedade no seio da qual ele é realizado.³⁸¹

A autoridade policial iniciará a investigação a partir da formulação de uma hipótese inicial³⁸² e buscará elementos a fim de confirmá-la ou, até mesmo, refutá-la. Este procedimento adotado pela polícia judiciária levará ao processo elementos para

³⁷⁸ “O direito à prova – aqui especialmente incluído o direito à investigação-, conquanto decorra das garantias asseguradas pela Constituição, não é absoluto, estando submetido a limitações que decorrem da proteção que o ordenamento confere a outros valores e interesses essenciais à convivência social.” (VAZ, Denise Provasi *et al* (org.). **Eficiência e garantismo no processo penal: Estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes**. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 65).

³⁷⁹ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: Introdução crítica**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 38.

³⁸⁰ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: Introdução crítica**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 39.

³⁸¹ VAZ, Denise Provasi *et al* (organizadores). **Eficiência e garantismo no processo penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes**. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 65.

³⁸² BADARÓ, Gustavo. H. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018, p. 57. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>. Acesso em: 25 abr. 2020.

o oferecimento da acusação ou solicitar outras diligências³⁸³. Posteriormente, com o oferecimento e recebimento da acusação, iniciar-se-á, de fato, a instrução do processo penal.

Gustavo Badaró assevera que a atividade probatória tem o seu início marcado com o “juízo de admissibilidade de provas”, etapa em que “há abundantes regras jurídicas governando a aceitação ou não de um meio de prova ou meio de obtenção de prova requeridos pelas partes”.³⁸⁴ Neste sentido, “cabe à lei disciplinar quem tem legitimidade para requer o experimento probatório, qual o prazo para o fazer, quais situações em que é vedado um meio de prova”³⁸⁵, circunstâncias que também traduzem diretrizes mínimas para a produção probatória.

A instrução probatória é uma etapa fundamental do processo, eis que é neste momento que as partes, acusação e defesa, produzirão perante o julgador as provas pelas quais pretendem demonstrar a (in)ocorrência dos fatos. Inobstante os diferentes momentos de produção probatória e a hipotética liberdade probatória permitida às partes em razão do princípio do direito à prova,

é inegável que há uma série de barreiras legais à atividade probatória, em que níveis variados, de um modelo para o outro, ou mesmo de um ordenamento jurídico para outro, ainda que pertencente ao mesmo modelo ou família jurídica.³⁸⁶

O direito à prova admite restrições legítimas à busca da verdade nos casos em que outros valores tutelados constitucionalmente devem prevalecer, como a dignidade

³⁸³ “O resultado da investigação será importante para o órgão acusatório tomar uma das seguintes decisões: (i) oferecer ação penal, quando considerar presente a justa causa (conjunto de elementos mínimos de autoria e materialidade acerca de possível fato criminoso); (ii) promover o arquivamento da investigação, se não existirem indícios suficientes de autoria e materialidade da infração penal apurada ou (iii) requerer o prosseguimento da investigação, com a realização de novas diligência para melhor elucidar o fato investigado.” (MACHADO, André Augusto Mendes Machado; LOPES, Mariângela Tomé. *Novas perspectivas sobre a investigação criminal defensiva*. In: VAZ, Denise Provasi *et al* (org.). **Eficiência e garantismo no processo penal**: Estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 43).

³⁸⁴ BADARÓ, Gustavo. H. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018, p. 58. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>. Acesso em: 25 mai. 2020.

³⁸⁵ BADARÓ, Gustavo. H. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018, p. 58. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>. Acesso em: 25 mai. 2020.

³⁸⁶ BADARÓ, Gustavo. H. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018, p. 58. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>. Acesso em: 25 abr. 2020.

humana, a inviolabilidade do domicílio ou a intimidade.³⁸⁷ Michelle Taruffo refere que para serem admitidos no processo, os meios de prova relevantes devem ser juridicamente admissíveis, ou seja, devem observar os critérios jurídicos de admissibilidade.³⁸⁸ Segundo o autor, estas normas geralmente são construídas sob o prisma da exclusão, “uma vez que sua função principal é determinar quando um elemento de prova, ainda que relevante, não deve ser admitido”.³⁸⁹ O objetivo é, justamente, impedir que determinadas provas ingressem no processo.

Antônio Magalhães Gomes Filho salienta que o método probatório judiciário consiste em um amplo conjunto de regras cuja principal função é “garantir que a verdade processual seja atingida com respeito não só aos direitos das partes, mas também aos valores maiores vigentes na sociedade”.³⁹⁰ O sistema de garantias disciplinado na Constituição Federal impede que provas obtidas através de meios ilícitos sejam utilizadas no processo penal, bem como a necessidade de observância do devido processo legal.

Seguindo a esteira do pensamento de Gomes Filho, “tais limites probatórios podem ter fundamentos processuais (lógicos, epistemológicos)” ou “extraprocessuais (políticos)”, como ocorre em relação à proibição de provas obtidas com violação a direitos fundamentais.³⁹¹ A proibição de prova ilícita e o devido processo reforçam o compromisso para com os direitos fundamentais,³⁹² sendo inviável a utilização de tais

³⁸⁷ BADARÓ, Gustavo. H. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018, p. 59. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>. Acesso em: 25 abr. 2020.

³⁸⁸ TARUFFO, Michelle. **A prova**. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 39.

³⁸⁹ TARUFFO, Michelle. **A prova**. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 39.

³⁹⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes. O correio eletrônico como meio de obtenção da prova penal: breves anotações aos sistemas brasileiro e português. In: VAZ, Denise Provasi *et al* (org.). **Eficiência e garantismo no processo penal**: Estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 65.

³⁹¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes. O correio eletrônico como meio de obtenção da prova penal: breves anotações aos sistemas brasileiro e português. In: VAZ, Denise Provasi *et al* (org.). **Eficiência e garantismo no processo penal**: Estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 66.

³⁹² “El fundamento de la existencia de la prueba prohibida resulta así, en una democracia que goza de un proceso penal propio de un Estado de Derecho, muy claro, puesto que es el propio Estado democrático el que, al consagrar un catálogo de derechos fundamentales en su Constitución, a los que otorga valor de inviolables y carácter preferente sobre todos los demás (art. 101, CE), está exigiendo que cualquier acto que vulnere alguno o algunos derechos fundamentales carezca de eficacia probatoria en el proceso. Por eso, valorar judicialmente en el proceso una prueba prohibida significa llanamente que se están ignorando las garantías constitucionales sobre las que se sustenta el propio proceso, particularmente el proceso penal, es decir que se está atacando directamente el derecho al proceso con todas las garantías del artículo 24.2, CE, o el principio del proceso debido o justo.” (COLOMER, Juan-Luis Gómez (coord.). **Termas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal del siglo XXI**. 1.ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 21-22).

provas no processo. Claus Roxin e Bernd Schunemann advertem que “*legitimación, delimitación y consecuencias jurídicas de toda recepción de prueba constituyen directamente los puntos neurálgicos de un proceso penal de Estado de Derecho*”.³⁹³

Ainda que o tema deste trabalho não seja propriamente as provas ilícitas, há uma interligação entre os meios atípicos de obtenção de provas e suas consequências no devido processo penal e na investigação preliminar, tendo em vista que “a busca de informações úteis ao processo penal tem sido historicamente relacionada aos mais odiosos abusos contra os direitos do indivíduo”.³⁹⁴

A adequação constitucional das provas irrepitíveis está interligada com o direito à prova no processo penal. Entretanto, essa interligação acarreta uma imprescindibilidade de que as demais garantias constitucionais sejam efetivadas na produção de determinados elementos. A investigação preliminar é o momento no qual meios de obtenção de provas são empenhados para busca de elementos e provas irrepitíveis.

A nova realidade tecnológica alerta para a utilização de meios atípicos de obtenção de provas que não possuem aderência constitucional. Claudia Cesari alerta a evidência da prova penal, pois é neste campo que a chamada “evidência digital” vem ganhando cada vez mais relevância. A autora exemplifica para as práticas que podem acontecer, como as buscas e apreensões de documentos eletrônicos, mediante apreensões eletrônicas de e-mails e capturas realizadas por vírus³⁹⁵ e *malware*.³⁹⁶

Sob este prisma, é necessário analisar a aderência constitucional dos temas (i) meios atípicos de obtenção de provas irrepitíveis e (ii) provas irrepitíveis. Novamente utilizamos a distinção realizada por Gomes Filho: os tradicionais meios de prova (prova pericial, testemunhal e documental) são instrumentos de introdução dos dados

³⁹³ ROXIN, Claus; SCHUNEMANN, Bernd. **Derecho Procesal Penal**. 29. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2019, p. 278.

³⁹⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes. O correio eletrônico como meio de obtenção da prova penal: breves anotações aos sistemas brasileiro e português. In: VAZ, Denise Provasi *et al* (org.). **Eficiência e garantismo no processo penal**: Estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 66.

³⁹⁵ CESARI, Claudia. Editoriale: L’impatto delle nuove tecnologie sulla giustizia penale – un orizzonte denso di incognite. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 3, p. 1169, set./dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.292>. Acesso em: 10 jul. 2020.

³⁹⁶ MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado. **Tecnoinvestigação criminal**: Entre a proteção de dados e a infiltração por software. Salvador: Juspodivum, 2020, p. 166; CAPRIOLI, Francesco. Il “captatore informatico” come strumento di ricerca della prova in Italia. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 483-510, mai./ago. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.71>. Acesso em: 10 jul. 2020.

probatórios no processo (produção de prova), os meios de obtenção objetivam conseguir provas materiais, que depois serão levadas ao processo.³⁹⁷

As provas irrepetíveis poderão ser produzidas através do incidente de produção de provas irrepetíveis, consagrando o direito à prova, desde que os métodos estejam tipificados na legislação e que respeitem as garantias constitucionalmente asseguradas do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. A controvérsia sob o aspecto da prova irrepetível é a sua instrumentalização através do incidente de produção antecipada, que, como já sublinhado no capítulo dois, possui parca regulamentação no sistema de provas do código de processo penal.

De outra banda, as provas irrepetíveis obtidas através de meios de obtenção atípicos não possuem respaldo constitucional. Veja-se que a incidência de meios de obtenção de provas, em linhas gerais, é “extraprocessual, levada a cabo principalmente pela Polícia Judiciária”, justamente para ter o fator “surpresa” na colheita da prova e evitar que o investigado adote alguma medida para frustrar a obtenção da prova.³⁹⁸

Neste sentido, é frustrada qualquer tentativa de adequação à Constituição de meios atípicos de obtenção de prova, eis que não há regulamentação e, como adverte Gomes Filho, ao referir alguns meios de obtenção de provas tipificados,

ao estabelecer os estreitos parâmetros de tais atividades, fica clara a intenção do legislador em assegurar que a obtenção de provas seja realizada de forma compatível com direitos e fundamentais envolvidos.³⁹⁹

Tal raciocínio permite aferir que, se meios típicos de obtenção de prova são regulamentados para que sua incidência no processo penal ocorra dentro dos limites e parâmetros legais, visando preservar o direito à intimidade, inviolabilidade de

³⁹⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes. O correio eletrônico como meio de obtenção da prova penal: breves anotações aos sistemas brasileiro e português. In: VAZ, Denise Provasi *et al* (org.). **Eficiência e garantismo no processo penal**: Estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 67.

³⁹⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes. O correio eletrônico como meio de obtenção da prova penal: breves anotações aos sistemas brasileiro e português. In: VAZ, Denise Provasi *et al* (org.). **Eficiência e garantismo no processo penal**: Estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 67.

³⁹⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes. O correio eletrônico como meio de obtenção da prova penal: breves anotações aos sistemas brasileiro e português. In: VAZ, Denise Provasi *et al* (org.). **Eficiência e garantismo no processo penal**: Estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 67.

domicílio e sigilo de comunicações, meios atípicos são incontrollados, não tendo nenhuma possibilidade de imposição de limites. A principal finalidade dos limites legais dos meios de obtenção de prova “a proteção dos direitos fundamentais diante de uma excepcional intromissão ditada pela necessidade de apuração dos fatos na investigação e no processo criminal”.⁴⁰⁰

Ao analisar a incidência dos direitos fundamentais e a proteção do cidadão, Luiz Greco e Orlandino Gleizer asseveram que o âmbito de atuação não está restrito apenas ao executivo e às instâncias de persecução, “mas também dos juízes; isso significa que, onde inexistir lei prevendo uma intervenção, é descabida a discussão se ela é possível mediante autorização judicial”.⁴⁰¹ Para o enfrentamento dos meios atípicos, é necessário fazer uma breve exposição sobre o recente estudo de Luiz Greco e Orlandino Gleizer, no qual analisam a infiltração online na Alemanha e a criação de um novo direito fundamental. A análise permitirá vislumbrar o alcance de um meio atípico de obtenção de provas irrepetíveis e sua incidência nos direitos fundamentais, além de todos os riscos que medidas como esta podem oferecer aos investigados. Primeiramente os autores fazem uma incursão nos direitos fundamentais e no seu âmbito de incidência.⁴⁰² Posteriormente, ocorre a análise das decisões do Tribunal Constitucional, sendo que, para o presente trabalho, é o que será explorado.

A infiltração online passou a ocorrer na Alemanha a partir de 2006, com a utilização analógica e extensiva de três normas do ordenamento jurídico alemão: aquelas que autorizavam a apreensão de objetos com finalidade investigativa (§ 94 Código de Processo Penal alemão – *Strafprozessordnung, StPO*), a de busca domiciliar (§ 102 StPO) e a do monitoramento de telecomunicações (§ 100a StPO),⁴⁰³ mesmo com a impossibilidade de utilização de analogias em matéria probatória.

⁴⁰⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes. O correio eletrônico como meio de obtenção da prova penal: breves anotações aos sistemas brasileiro e português. In: VAZ, Denise Provasi *et al* (org.). **Eficiência e garantismo no processo penal**: Estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 68.

⁴⁰¹ GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. A infiltração online no processo penal – Notícia sobre a experiência alemã. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1483-1518, set./dez. 2019, p. 1486. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.278>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁴⁰² GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. A infiltração online no processo penal – Notícia sobre a experiência alemã. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p.1483-1518, set./dez. 2019, p. 1485-1487. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.278>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁴⁰³ GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. A infiltração online no processo penal – Notícia sobre a experiência alemã. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p.1483-

Já em 2007 o “*Bundesgerichtshof* (tribunal alemão equivalente a nosso STJ, doravante BGH)”,⁴⁰⁴ em breve síntese, entendeu pela impossibilidade de ingresso online nos computadores por não haver fundamento legal e não ser possível a utilização de analogias. A conclusão do Tribunal foi no sentido de que pela grave intervenção em direitos fundamentais “precisaria estar amparada por uma norma autorizativa específica, que, para ser constitucionalmente compatível, precisaria também se atentar aos severos pressupostos de intervenção”.⁴⁰⁵

Em paralelo a esta decisão, um estado alemão inseriu na Lei de proteção à Constituição dispositivo que autorizaria a medida sob a égide de direitos dos serviços de inteligência, ou seja, “coleta de informações em momento prévio à existência de perigos, é um ramo autônomo, que não se confunde com o processo penal”.⁴⁰⁶ No entanto, a Corte declarou inconstitucional o dispositivo e inovou criando um novo direito fundamental⁴⁰⁷ “à garantia da confiabilidade e integridade de sistemas informáticos, derivando-o do direito geral de personalidade (Art. 2 Abs. 1 c/c Art. 1 Abs. 1 GG)”, ao mesmo tempo em que formulou “pressupostos materiais e procedimentais mínimos para a legitimidade da medida”.⁴⁰⁸ Em 2017, o legislador

1518, set./dez. 2019, p. 1490. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.278>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁴⁰⁴ GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. A infiltração online no processo penal – Notícia sobre a experiência alemã. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p.1483-1518, set./dez. 2019, p. 1488. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.278>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁴⁰⁵ GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. A infiltração online no processo penal – Notícia sobre a experiência alemã. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p.1483-1518, set./dez. 2019, p. 1489. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.278>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁴⁰⁶ GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. A infiltração online no processo penal – Notícia sobre a experiência alemã. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p.1483-1518, set./dez. 2019, p. 1490. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.278>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁴⁰⁷ “cc) Por isso, o BVerfG entendeu que, para fazer frente aos especiais perigos ao livre desenvolvimento da personalidade na era digital, vinculados à utilização de computadores como dispositivos individuais ou como sistemas interconectados, seria necessário construir um outro direito fundamental, a ser derivado do direito geral de personalidade, por sua vez derivado de uma leitura conjunta do Art. 2 Abs. 1, que prevê o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e do Art. 1 Abs. 1 GG, que protege a dignidade humana.” GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. A infiltração online no processo penal – Notícia sobre a experiência alemã. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p.1483-1518, set./dez. 2019, p. 1492. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.278>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁴⁰⁸ GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. A infiltração online no processo penal – Notícia sobre a experiência alemã. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p.1483-1518, set./dez. 2019, p. 1490. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.278>. Acesso em: 10 jul. 2020.

criou norma autorizativa⁴⁰⁹ para a infiltração online como medida de investigação no processo penal (§ 100b StPO).

As decisões da Corte alemã externalizam que as novas tecnologias e os meios de obtenção de provas não tipificados são ameaças aos direitos e garantias fundamentais. Sob este panorama, é visível que a utilização de meios atípicos de obtenção de prova não possui aderência constitucional, inclusive na legislação brasileira.

A conclusão⁴¹⁰ de tal panorama refere que no Brasil tal atividade é impossível de ser realizada pelo estado eis que inexistente autorização para realização de medida semelhante.

3.3 Meios Atípicos e Provas Irrepetíveis: Limites Epistemológicos na Obtenção, Produção E Utilização

A prova no processo penal possui papel crucial na reconstrução dos fatos pretéritos. A obtenção e a produção da prova devem seguir um ritual pré-estabelecido⁴¹¹, a qual estipulará os limites e alcance de meios de obtenção, bem como a disciplina referente a sua utilização no processo penal.

Como adverte Michele Taruffo, sobre a seleção das provas para ingresso no processo, “em todo e qualquer procedimento de caráter epistêmico tem importância

⁴⁰⁹ GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. A infiltração online no processo penal – Notícia sobre a experiência alemã. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p.1483-1518, set./dez. 2019, p. 1491. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.278>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁴¹⁰ “Um direito fundamental à integridade e confiabilidade no uso de sistemas informáticos deve criar altos obstáculos interventivos, tendo em vista as sérias consequências que uma intervenção pode criar para a vida dos indivíduos que tenham seus sistemas informáticos acessados por terceiros, especialmente agentes estatais. Esses pressupostos estão sendo discutidos há algum tempo pela ciência e pelos tribunais alemães e podem servir de parâmetro para a elaboração de uma norma autorizativa ainda inexistente no direito brasileiro. Na ausência de norma autorizativa para a infiltração online no ordenamento jurídico brasileiro, a ilegitimidade da medida é evidente. O Estado só pode atuar nos limites das autorizações do povo, conferidas por seus representantes no parlamento. Como essa autorização inexistente no Brasil, é vedado às instâncias de persecução infiltrar-se em computadores de forma oculta. No Brasil, o acesso ao conteúdo de sistemas informáticos tem de fazer uso da busca e da apreensão do dispositivo físico em que esse conteúdo se encontra armazenado.” (GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. A infiltração online no processo penal – Notícia sobre a experiência alemã. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p.1483-1518, set./dez. 2019, p. 1512. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.278>. Acesso em: 10 jul. 2020).

⁴¹¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes. O correio eletrônico como meio de obtenção da prova penal: breves anotações aos sistemas brasileiro e português. In: VAZ, Denise Provasi *et al* (org.). **Eficiência e garantismo no processo penal**: Estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 68.

decisiva o método, ou seja, o conjunto das modalidades com que são selecionadas, controladas e utilizadas as informações [...]”⁴¹² para demonstrar a veracidade dos fatos.

Segue o autor advertindo e sinalizando que a produção das provas em “um procedimento epistêmico válido requer que a determinação ou a criação de elementos de conhecimento” e também “das informações necessárias para a formulação das conclusões confiáveis sejam conhecidos e verificáveis” e “quando possível – repetíveis.”⁴¹³

O raciocínio exposto por Taruffo remete a necessidade de que o procedimento de produção e seleção de determinada prova seja válido epistemologicamente, afirmando que “um historiador que não revela as fontes de informação que utilizou” ou até mesmo “um cientista que não explica o procedimento que seguiu para chegar à sua conclusão certamente não produzirão conhecimentos merecedores de consideração.”⁴¹⁴

No processo penal a preocupação com a investigação se sobressai diante da tensão⁴¹⁵ ocasionada entre a investigação e os direitos fundamentais, o que torna indubitável a necessidade de observância do ritual probatório. Daniel Álvarez Valenzuela sinaliza a necessidade de buscar outras formas de resolução de conflitos constitucionais, visando resolver a tensão dos embates entre a segurança pública, entendida como um bem comum, coletivo e constitucionalmente protegido, como um

⁴¹² TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: O Juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 164.

⁴¹³ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: O Juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 180.

⁴¹⁴ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: O Juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 180.

⁴¹⁵ Como leciona Francisco Muñoz Conde: “*La eterna tensión entre la tarea de investigar y, en su caso, castigar el delito, y la de respetar los derechos fundamentales del acusado, se acentúa cuando no hay, como en el caso de la tortura, una prohibición absoluta, sino una relativa que depende del cumplimiento de determinados requisitos fijados legalmente, o de las diversas circunstancias concurrentes en cada caso que deben ser ponderadas por el juzgador. La pluralidad de situaciones en las que estas técnicas pueden ser utilizadas, dificulta una valoración unitaria de las mismas desde el punto de vista de su admisibilidad como pruebas en el proceso penal (y, por supuesto, también, aunque con distintos matices, en el proceso civil, laboral o administrativo); de ahí que sea difícil delimitar a priori y sin referencias a casos concretos, cuando, por ejemplo, las grabaciones audiovisuales, pueden considerarse como medias de prueba legítimas y cuando no.*” (MUÑOZ CONDE, Francisco. Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales em el proceso penal. **Lusiada**, Lisboa, n. 4/5, p. 31-76, 2007. Disponível em: <http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/view/678/766>. Acesso em: 10 jul. 2020).

direito fundamental implícito e o direito à vida privada e a inviolabilidade das comunicações privadas.⁴¹⁶

As provas irrepitíveis, produzidas na investigação preliminar, necessariamente devem observar um procedimento regrado para sua obtenção, desde que presentes os requisitos para sua produção⁴¹⁷. Atualmente, como já analisamos, os requisitos presentes no Código de Processo Penal cingem-se a urgência e relevância, o que explicita um viés de cautelaridade do procedimento de produção da prova irrepitível.

Contudo, somente os critérios de urgência e relevância demonstram-se insuficientes para a produção do expediente à luz das garantias estipuladas na Constituição Federal. Assim, além da urgência e relevância, a produção da prova também deverá observar os critérios da necessidade, proporcionalidade e adequação para os fatos investigados⁴¹⁸.

Destarte, é que cabe à lei disciplinar quem tem legitimidade para requerer o experimento probatório, qual o prazo para fazer, quais situações em que é vedado um meio de prova etc.⁴¹⁹ Em se tratando de inquérito policial, é imprescindível que o investigado participe da produção de provas irrepitíveis através do incidente de produção de prova.

Antes de avançar é necessário fazer uma breve distinção. O estudo concentrará análise sob os critérios da obtenção, produção e utilização de provas irrepitíveis através de (i) meios atípicos de obtenção de prova irrepitível e (iii) obtenção de prova irrepitível através do incidente de produção antecipado.

⁴¹⁶ VALENZUELA, ÁLVAREZ DANIEL. Algunos aspectos jurídicos del cifrado de comunicaciones. **Revista Derecho PUCP**, n. 83, pp. 241-262, diciembre-mayo, 2019.

⁴¹⁷ A problemática de meios atípicos de obtenção de provas também se estende aos métodos ocultos de investigação que produzem provas irrepitíveis e que não possuem regulamentação no Código de Processo Penal, como adverte Diogo Malan: “No País, se podem alinhar algumas peculiaridades adicionais dos métodos ocultos de investigação: (i) grave déficit legislativo: há métodos atípicos, ou seja, sem procedimento probatório regulamentado em lei (v.g. interceptação ambiental domiciliar de conversas entre pessoas presentes), sem haver sequer meio de investigação típico cujo procedimento lhes possa ser aplicado, por analogia; (ii) procedimento técnico- operacional oculto: há grave omissão legislativa quanto ao procedimento técnico-operacional específico a ser adotado na efetivação da medida, que remanesce alheio ao conhecimento e controle do Juiz e das partes processuais (v.g. busca e apreensão de mensagens de correio eletrônico (e-mails) armazenadas em servidor);” (MALAN, Diogo. Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p.213-238, 2016, p. 222. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.22>. Acesso em: 10 jul. 2020).

⁴¹⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 36-37.

⁴¹⁹ BADARÓ, Gustavo. H. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018, p. 58. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>. Acesso em: 25 mai. 2020.

Também cabe mencionar neste trabalho algumas breves considerações sobre a obtenção de prova irrepetível através de meios ocultos de investigação.

O legislador criou um sistema de investigação que colocou à disposição do investigador um leque de meios de obtenção de provas de forma oculta⁴²⁰ na investigação de crimes complexos⁴²¹. Diogo Malan⁴²² refere que há na investigação de crimes oriundos da criminalidade econômico-financeira organizada, três características principais: (i) uso maciço de métodos ocultos de investigação; (ii) procedimento inquisitivo puro; (iii) duplo binário.⁴²³ Sabe-se que é na criminalidade complexa que métodos ocultos de investigação ganham notoriedade e são utilizados em maior escala.

Esta criminalidade possui algumas características, sendo contínua ou permanente e não tem vítima direta, representando verdadeiros “desafios ao modelo tradicional de investigação preliminar, que se viu impelido, então, a lançar mão de novos instrumentos de persecução penal”.⁴²⁴ A disciplina dos meios ocultos de

⁴²⁰ “Numa primeira e sumária caracterização, os métodos ocultos de investigação representam uma intromissão nos processos de ação, interação e comunicação das pessoas concretamente visadas, sem que estas tenham conhecimento do facto nem dele se apercebam. Que, por causa disso, continuam a agir, interagir, a expressar-se e a comunicar de forma “inocente”, fazendo ou dizendo coisas de sentido claramente auto-incriminatório ou incriminatório daqueles que com ela interagem ou comunicam.” ANDRADE, Manuel da Costa. **Bruscamente no verão passado, a reforma do código de processo penal**: observações e críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 105-106.

⁴²¹ Exemplificando, novamente, alguns dos meios de obtenção de provas ocultos previstos no art. 3º da Lei nº 12.850/2013: captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, ação controlada, infiltração, por policiais, em atividade de investigação interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas

⁴²² MALAN, Diogo. Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 213 - 238, 2016, p. 233. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.22>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁴²³ O primeiro enseja supressão das garantias que integram o tradicional modelo liberal-clássico do Direito Processual Penal, resultando de oscilação do pêndulo político-criminal na direção da tutela do poder punitivo e dos interesses sociais securitários. Mais concretamente, ocorrem os seguintes fenômenos: (i) policialização: há expansão dos poderes da polícia judiciária; (ii) privatização: há emprego de particular para desempenhar certas tarefas, agindo como *longa manus* da autoridade policial; (iii) prevenção: há intervenção preventiva das agências do poder punitivo, em vez da tradicional atuação repressiva. Por procedimento inquisitivo puro se entende o uso integrado e simultâneo de diversas coações (pessoais, patrimoniais e probatórias) sobre o investigado e sua família, domicílio, ativos, bens, comunicações etc., para finalidade não cautelar. Esta consiste na aplicação do maior grau possível de pressão sobre o investigado, com vistas a vencer sua resistência física e psicológica e obter confissão e/ou acordo de delação premiada do objeto da investigação. O duplo binário, por sua vez, consiste no fenômeno da duplicação de investigações sobre o mesmo fato econômico-financeiro, criando-se assimetria de fato entre as partes processuais penais pela hipertrofia dos poderes do órgão acusador.

⁴²⁴ SAAD, Marta. Direito de defesa no inquérito policial diante dos meios de obtenção de provas previstos na lei brasileira das organizações criminosas. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (org.). **Criminalidade Organizada**. São Paulo: Almedina. 2017, p. 173.

investigação implica em larga invasão da privacidade e da intimidade dos investigados.⁴²⁵

Se os meios ocultos e tipificados⁴²⁶ ocasionam grave invasão da privacidade e intimidade do sujeito passivo⁴²⁷, os meios atípicos, para além da violação das diretrizes aplicadas as medidas tipificadas, gerariam grave violação aos direitos fundamentais e enorme insegurança jurídica na sua aplicabilidade.

Isso porque a utilização de meios de obtenção atípicos⁴²⁸ afrontam o princípio da reserva legal e o sistema de garantias delineado na Constituição Federal, e o acréscimo da figura oculta ocasiona, inclusive, dificuldade de mensurar a gravidade da violação ao sujeito passivo da investigação.

Mesmo que se possa discordar de algumas regulamentações, os meios ocultos de investigações tipificados cumprem o disposto no princípio da reserva legal, ou seja, seu alcance e hipóteses para incidência são tipificados, o que obriga os órgãos de persecução a não ultrapassarem tais limites dispostos na legislação. Não é possível criar uma teoria geral dos meios de obtenção de prova decorrente do fato de que poderá afetar garantias e direitos individuais, especialmente o direito à intimidade e privacidade, e, reitera-se, toda intervenção em direito fundamental pressupõe uma

⁴²⁵ Quando se utiliza o termo “meios ocultos” de investigação está-se fazendo referência a todos os métodos ocultos, obscuros, dissimulados e que o investigado não tenha conhecimento da aplicação e ocorrência da medida.

⁴²⁶ “Neste paradigma, admitem-se meios excepcionais de busca da prova, mas com aderência constitucional e convencional. Nessa perspectiva, a metodologia de prova há de: a) estar previamente prevista em lei; b) possuir um regramento procedimental claro e objetivo; c) submeter-se à reserva jurisdicional, ou seja, com prévia autorização qualificada; d) submeter-se aos limites da tipologia criminal a que se destina; e) obedecer ao requisito da temporalidade, evitando-se intromissão *ad eternum* no direito fundamental protegido.” GIACOMOLLI, Nereu José. O processo penal e a lei 12.850/2013. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (org.). **Criminalidade Organizada**. São Paulo: Almedina. 2017, p. 166.

⁴²⁷ Maria Beatriz Seabra de Brito entende que a invasão operada na esfera da intimidade e privacidade dos investigados com a utilização de meios ocultos de obtenção de prova é de danosidade qualificada e cita três circunstâncias: “(i) Por contenderem com formas de controle prévio ou reações preventivas; (ii) Por serem de extensão, objetiva e subjetiva, imprevisível e tendencialmente aleatórias; (iii) Por não autorizarem todas as formas de exercício de defesa, implicando a renúncia ao privilégio contra a autoincriminação.” (BRITO, Maria Beatriz Seabra de. **Novas tecnologias e legalidade da prova em processo penal: Natureza e enquadramento do GPS como método de obtenção de prova**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 53).

⁴²⁸ “La ausencia de una correspondiente autorización normativa conlleva que em el caso concreto aun la medida de investigación que puede aparecer como la más promisoría para los fines de la persecución penal no pueda ser ejecutada: “Las lagunas em el sistema de las autorizaciones de injerencia procesales penales tampoco pueden ser completadas mediante el recuso a la creación jurídica *praeter legem* a través de la aplicación analógica” de leyes y normas.” (GUARIGLIA, Fabricio. **Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria em el procedimiento penal: Una propuesta de fundamentación**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 127-128).

norma autorizativa.⁴²⁹ Ou seja, a possibilidade de utilização de tais meios especiais restringe-se aos já disciplinados.

Os limites epistemológicos da obtenção da prova irrepitível através de meios atípicos encontram-se, essencialmente, na ausência de disposições legais para que ocorra a intromissão em direitos e garantias fundamentais, ou seja, há nítida omissão de fundamento legal à luz do princípio da reserva legal.⁴³⁰ Prima facie, essa omissão acarreta em não autorização para que meios atípicos de obtenção sejam implementados como métodos de investigação por não encontrarem fundamentos, somando-se aos princípios da reserva legal.

A ausência de disciplina sobre os meios atípicos e ocultos de obtenção de provas irrepitíveis impossibilita a sua utilização no processo penal e sua aderência constitucional sob a perspectiva dos direitos fundamentais e princípios constitucionais. Logo, a sua utilização constitui uma “proibição de aquisição de prova”, acontecendo em situações *“cuando no existe fundamento normativo alguno que autorice la medida”*, dando lugar a *“una prohibición de valoración”*.⁴³¹

No caso da atipicidade dos meios de obtenção de prova, a impossibilidade recairia através da proibição de *“métodos de prueba”* que não admite o uso de certos meios ou formas de coletar a prova,⁴³² assegurando que os meios de prova não devem ser obtidos mediante procedimentos contrários aos direitos de liberdade.⁴³³

⁴²⁹ WOLTER, Jurgén. **O inviolável e o intocável no direito processual penal. Reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal.** Org. Luis Greco. Trad. Alair Leite e Eduardo Viana. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 37.

⁴³⁰ *Es precisamente la imposibilidad de recurrir a la creación judicial de normas de injerencia – incluso provisionarias – para “llenar” vacíos normativos, es decir, para abarcar aquellas áreas de esfera de derechos protegidos que el legislador, ya sea deliberadamente o simplemente debido a que la importancia de un regulación específica no fue advertida a tiempo, ha dejado fuera del alcance de las facultades coercitivas de la persecución penal, la que pone de manifiesto uno de los aspectos más significativos del principio de reserva de ley, en el que nos detendremos brevemente: su contenido democrático. La exigencia de un fundamento normativo específico para las facultades de injerencia estatales también cumple la función de “asegurar que sea el legislador democráticamente legitimado el que tome decisiones esenciales que afectan el ámbito de libertad e igualdad de los individuos. Injerencias del Estado en el ámbito constitucionalmente garantizado de libertad del ciudadano reclaman en forma especial una legitimación democrática”* (GUARIGLIA, Fabricio. **Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal: Una propuesta de fundamentación.** Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 128-129).

⁴³¹ GUARIGLIA, Fabricio. **Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal: Una propuesta de fundamentación.** Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 127-128.

⁴³² MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal: Parte General: actos procesales.** Buenos Aires: Ad-Hoc, 2015, p. 108.

⁴³³ PALMA, Maria Fernanda (coord.). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais.** Coimbra: Almedina, 2004, p. 137.

O tema referente às proibições de prova possui reflexo direto na valoração probatória. Inicialmente, o conceito e suas derivações tiveram origem no estudo de Ernst Ludwig von Beling,⁴³⁴ com “as proibições de prova como limite para a averiguação da verdade no processo penal”. Não se busca, contudo, adentrar na teoria das proibições da prova⁴³⁵ consolidada nos ordenamentos jurídicos de Portugal⁴³⁶ e Alemanha⁴³⁷ e sua equivalência ou até mesmo comparação com a impossibilidade de utilização das provas ilícitas.

A infringência dos métodos de obtenção de prova ocasiona a impossibilidade de valoração do elemento obtido. Como sublinha Paulo de Sousa Mendes, “a proibição de utilização das provas proibidas afigura-se como a melhor maneira de o legislador prevenir a tentação de obtenção das provas a qualquer preço”.⁴³⁸ Seguindo a lição do autor, “as provas que atentam contra os direitos de liberdade arrostam com um efeito-à-distância que consiste em tornarem inaproveitáveis as provas secundárias a elas causalmente vinculadas”.⁴³⁹

Assim, o efeito-à-distância é a única maneira de impossibilitar que os investigadores policiais, os procuradores e juízes se aventurem a dar seguimento nas investigações às quais não chegariam através dos meios postos à sua disposição.⁴⁴⁰

⁴³⁴ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**: Parte General: actos procesales. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2015, p. 104 e ss.; GUARIGLIA, Fabricio. **Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria em el procedimiento penal**: Una propuesta de fundamentación. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 23; ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de provas em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 20; MENDES, Paulo de Sousa. **Lições de direito processual penal**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 177; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús *et al.* **Derecho Procesal Penal**. 3. ed. Espanha: Thomson Reuters, 2014, p. 556.

⁴³⁵ Em Portugal não há consenso sobre a autonomia do regime das “proibições de prova” e a “teoria das nulidades”, como adverte Luís Pedro Martins de Oliveira: “Acontece que, contrariamente àquilo que poderia pensar-se face à redacção destes artigos, não é nem clara nem pacífica a questão de saber se o efeito associado às proibições de prova é, efetivamente, o da nulidade. De facto no art. 118.º, nº 3, que se enquadra num Título inteiramente dedicado às nulidades dos actos processuais, estabelece-se que as normas que se referem ao regime das nulidades “não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova”. Assim, por um lado, a CRP e o CPP estabelecem a nulidade como o efeito decorrente da obtenção de uma prova que a lei proíbe, o que faria com que o regime das nulidades fosse aplicável. Por outro lado, no mesmo CPP, tem-se a preocupação de esclarecer que as normas relativas às nulidades não lesam as normas referentes a proibições de prova, o que aponta para uma divergência de regimes.” (BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. (coord.). **Prova criminal e direito de defesa**: Estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo criminal. Coimbra: Almedina, 2010, p. 258).

⁴³⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: 2013, p. 209 e ss.

⁴³⁷ ROXIN, Claus. SCHUNEMANN, Bernd. **Derecho procesal penal**. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2019, p. 271 e ss.

⁴³⁸ MENDES, Paulo de Sousa. **Lições de direito processual penal**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 182.

⁴³⁹ MENDES, Paulo de Sousa. **Lições de direito processual penal**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 191.

⁴⁴⁰ MENDES, Paulo de Sousa. **Lições de direito processual penal**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 192.

Essa circunstância não impediria a utilização de meios atípicos de obtenção de prova, mas deixaria claro a sua inutilidade para o processo penal. Obviamente que hoje não se discute eventuais penalidades para os agentes públicos que atuam de forma nitidamente equivocada e desleal na colheita da prova, colocando em risco de se tornarem imprestáveis todos os elementos obtidos através de métodos inidôneos.

Existem diferentes posicionamentos sobre a autonomia dos regimes de proibições de prova em relação ao instituto das nulidades. Como aborda António de Jesus Teixeira,⁴⁴¹ há uma corrente que admite a autonomia dogmática das proibições de prova face ao instituto da nulidade. O que separa as duas correntes doutrinárias é a circunstância de as proibições de prova serem verdadeiras limitações à descoberta da verdade e, as nulidades, uma resposta para os vícios.⁴⁴²

A utilização das provas obtidas através de meios de obtenção atípicos deverá ter seus efeitos analisados dentro do processo penal. Isso porque os meios ocultos de investigação impedem a ocorrência de contraditório, já que, para o sucesso da medida, é necessário o sigilo da investigação.

Isso ocasiona, inclusive, na impossibilidade de exercer o direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*),⁴⁴³ um dos corolários básicos do direito de defesa, além de não permitir avaliar o grau de incidência e alcance das medidas, já que sua tipologia é desconhecida. O exemplo da infiltração online pode ser tomado por base. Sob esta linha, provas irrepitíveis produzidas e adquiridas de forma antecipada através de meios atípicos e/ou atípicos e ocultos não poderão ser utilizadas pelo juiz na sentença penal.

A temática se torna completamente diferente quando se trata de produção de prova irrepitível através do incidente de produção antecipado de prova. Atualmente, como já mencionado, os critérios de urgência e relevância são utilizados para possibilitar a produção de provas irrepitíveis de forma antecipada. A produção desta deverá observar todo procedimento de prova exposto na legislação, caso fosse

⁴⁴¹ TEIXEIRA, António de Jesus. **Os limites do efeito-à-distância nas proibições de prova no processo penal português**. 1. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2014, p. 22.

⁴⁴² TEIXEIRA, António de Jesus. **Os limites do efeito-à-distância nas proibições de prova no processo penal português**. 1. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2014, p. 24.

⁴⁴³ “De forma simplificada e reducionista, os meios ocultos de investigação levam as pessoas atingidas – normalmente o suspeito – a “ditar” inconscientemente para o processo “confissões” não esclarecidas nem livres.” (ANDRADE, Manuel da Costa. ANDRADE, Manuel da Costa. **Bruscamente no verão passado, a reforma do código de processo penal**: observações e críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 107.

produzida no seu momento normal.⁴⁴⁴ Ou seja, se a intenção é antecipar a oitiva de uma testemunha, o ritual a ser utilizado como baliza é aquele disposto para a produção da prova testemunhal em juízo, com todas as suas formalidades e acesso à defesa do imputado, não sendo possível, portanto, a utilização de métodos de obtenção de provas atípicos.

Os limites epistemológicos e sua aderência à Constituição Federal deverão observar os contornos dispostos na legislação, podendo o investigado participar do ato antecipado como se fosse um rito normal do processo. Antecipa-se, também, todas as possibilidades para exercer a ampla defesa.

A utilização da prova antecipada na sentença penal só poderá ocorrer com a devida observância dos critérios mencionados, além da garantia e participação do imputado no ato processual. Em outras palavras, o juiz só poderá valorar os elementos produzidos com o ato se o imputado participar efetivamente, com todas as garantias que seriam efetivadas caso a produção ocorresse no momento normal do processo.

3.4 Meios Atípicos, Provas Irrepetíveis e Admissibilidade no Processo Penal: Estudo de Caso – Compreensão Jurisprudencial no Processo Penal Brasileiro e Inobservância dos Meios Tipificados

Como demonstrado ao longo deste trabalho, os meios de obtenção de provas estão relacionados com a coleta das fontes de prova. Nos casos de provas irrepetíveis, busca-se vislumbrar a dimensão e o impacto de implementação desta medida no processo penal. Sob este aspecto, este tópico explorará a (in)admissibilidade dos meios de obtenção atípicos e sua relação com as provas irrepetíveis a partir de *case* julgado pelo TRF4, especificamente o Habeas Corpus nº 5037608-70.2015.4.04.0000/SC.

O estudo e análise do caso permite ter uma compreensão real da incidência dos institutos e seus efeitos.⁴⁴⁵ A ação penal que deu origem ao objeto de estudo foi julgada pela Corte, por se tratar de competência em razão da prerrogativa de função, e o órgão Colegiado absolveu todos os acusados. Antes de ingressar no mérito e

⁴⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2020, p. 460-461.

⁴⁴⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). **Habeas Corpus nº 5037608-70.2015.4.04.0000/SC**. 8ª Turma Criminal. Relator: Desembargador João Pedro Gebran Neto, 18 de novembro de 2015. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php. Acesso em: 10 mai. 2020.

circunstâncias fáticas, cumpre expor o quadro genérico da acusação e dos atos praticados pela autoridade policial.

Figuraram como réus da ação penal os seguintes agentes públicos: (I) Prefeito do município, (II) Secretária Municipal do Bem-Estar Social, responsável pelo Setor de Compras e Saúde junto ao Tratamento Fora do Domicílio, (III) Servidora efetiva responsável pelo Setor do Tratamento Fora de Domicílio no período dos fatos, (IV) Secretária Municipal da Saúde no período dos fatos; e, pela empresa contratada, o (V) Diretor Financeiro e o (VI) Gerente comercial na época dos fatos.

O MPF ofereceu denúncia imputando-lhes a prática dos delitos previstos nos artigos 89, da Lei nº 8.666/93, e 312, § 1º, do Código Penal, combinado com os artigos 29 e 69 do mesmo diploma legal. A acusação refere que os réus vinculados ao órgão Executivo da cidade teriam viabilizado o pagamento de valores à empresa contratada por serviços que não foram efetivamente prestados de transporte de pacientes por ônibus, bem como sem a incidência de descontos contratualmente previstos.

Ainda, segundo a inicial acusatória, os réus cometeram o delito de dispensa indevida de licitação, sob o argumento de que a contratação de uma empresa para fornecimento de transporte não se enquadraria nos requisitos legais do artigo 25 da Lei nº 8.666 de 21.06.1993. Este é o quadro genérico da acusação endereçada aos réus.

A investigação criminal teve início no ano de 2010 e, objetivamente, conforme “Informação nº 287/2011”,⁴⁴⁶ o agente da Polícia Federal certifica ao Delegado que, com o objetivo de “instruir os autos do Inquérito Policial n. 0286/2010-4”, em “cumprimento ao memorando nº 0421/2011”, foram “obtidas as seguintes entrevistas com pessoas que viajaram para outras cidades, a fim de realizar tratamentos e/ou exames médicos”.⁴⁴⁷

Posteriormente à sugestão dos agentes, a autoridade policial proferiu despacho autorizando a realização de “entrevistas”. Do que se depreende da análise do contexto realizado pelo órgão de investigação, os agentes policiais realizaram os seguintes procedimentos para obtenção de prova testemunhal: **(a)** de posse da lista de pacientes do SUS/Caçador/SC, **(b)** deslocaram-se até os domicílios destes pacientes, **(c)** alegaram ser pesquisadores do Ministério da Saúde, **(d)** ingressaram e adentraram

⁴⁴⁶ A íntegra deste documento está apensada, ao final, como “Anexo A”.

⁴⁴⁷ Vide “Anexo C”

nas suas residências, (f) apresentaram um formulário – que continha o brasão da República Federativa do Brasil –, de perguntas por escrito, (e) obtiveram as respostas e, ao fim, (f) coletaram as assinaturas destas pessoas.

Em breve síntese: os agentes federais, munidos do questionário “PESQUISA DO GRAU DE SATISFAÇÃO DO USUÁRIO DO SUS NO MUNICÍPIO DE CAÇADOR–SC”,⁴⁴⁸ foram até os domicílios de usuários do SUS e, apresentando-se como “pesquisadores”, ingressaram nas residências e tomaram depoimentos escritos por meio de formulários de perguntas e respostas.

Após o oferecimento da acusação e cumprimento das formalidades legais de citação dos réus e apresentação das defesas, o juiz de primeiro grau, ao analisar a arguição de imprestabilidade daqueles elementos obtidos pela Polícia Federal deliberou que: (i) não considerou como “prova testemunhal”; (ii) avaliou como elemento informativo válido colhido na fase preliminar das investigações com o intuito de auxiliar a *opinio delicti* do titular da ação penal e (iii) à luz de uma certa discricionariedade do procedimento administrativo, entendeu que descabia ao juiz a decretação de nulidade da peça contida na investigação preliminar que não seria contrária a moralidade ou ordem pública, alegando, ainda, que a lei garantiria à Autoridade Policial a condução da investigação e todas as diligências necessárias para a investigação.

A inconformidade foi levada ao TRF4 através de Habeas Corpus. Ao julgar o case, a Corte entendeu que houve violação na colheita da prova tendo em vista que os entrevistados foram induzidos em erro. A decisão da Corte⁴⁴⁹ deu-se, basicamente, por dois fundamentos.

O primeiro se refere à possibilidade de a prova inquisitorial somar-se à prova colhida na fase judicial e embasar o decreto condenatório, ainda que não seja a prova cabal. Extrai-se do acórdão o seguinte trecho:

Com efeito, ainda que os indícios colhidos na fase inquisitorial não sirvam como prova única para eventual condenação, nos termos do que dispõe o art. 155, do Código de Processo Penal – justamente porque produzidos sem o contraditório, necessário para garantia da mais ampla defesa aos acusados –, os elementos informativos do Inquérito somam-se às provas produzidas na ação penal e servem como fundamento para eventual condenação.

⁴⁴⁸ A íntegra deste documento está apensada, ao final, como “Anexo B”.

⁴⁴⁹ Vide “Anexo D”.

Vale dizer: a prova colhida no inquérito influencia diretamente na formação da culpa do investigado, ainda que não sirva como prova única.

Nessa linha de raciocínio, não pode ser admitida prova produzida de forma dissimulada, ainda mais quando parte do Estado a iniciativa da colheita dessa prova. Salvo melhor juízo, é o que se verifica na espécie.⁴⁵⁰

Sabe-se que o juiz está impossibilitado de fundamentar a decisão com base, exclusivamente, nos elementos coligidos no inquérito policial, ou seja, qualquer condenação não poderá ser fundamentada em elementos exclusivos da fase preliminar. Entretanto, a palavra “exclusivamente”,⁴⁵¹ contida no art. 155 do CPP,⁴⁵² acaba abrindo margem para diversas interpretações do referido dispositivo como já tratamos no capítulo um.

Historicamente, a cultura inquisitória e autoritária que permeia o processo penal brasileiro faz uso e desuso do inquérito policial na motivação das decisões, sejam elas interlocutórias para o deferimento de medidas cautelares pessoais e patrimoniais, ou até mesmo nas sentenças condenatórias.⁴⁵³ Isso ocasionará sérios problemas e desvios na prova produzida ao longo da instrução processual, mantendo o foco do juiz nos elementos cotejados no inquérito, que já fazem parte da hipótese acusatória,⁴⁵⁴ desprezando a prova produzida pela defesa.

Ademais, como já registrado, é absolutamente inconcebível que os atos praticados por uma autoridade administrativa, sem a intervenção do órgão

⁴⁵⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). **Habeas Corpus nº 5037608-70.2015.4.04.0000/SC**. 8ª Turma Criminal. Relator: Desembargador João Pedro Gebran Neto, 18 de novembro de 2015. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php. Acesso em: 10 mai. 2020.

⁴⁵¹ “Quando o art. 155 afirma que o juiz não pode fundamentar sua decisão “exclusivamente” com base no inquérito policial, está mantendo aberta a possibilidade (absurda) de os juízes seguirem utilizando o inquérito policial, desde que também invoquem algum elemento probatório do processo.” (LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 194).

⁴⁵² “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”.

⁴⁵³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 367.

⁴⁵⁴ Franco Cordero retrata este ponto sobre o “*primado das hipóteses sobre os fatos*”: “*El inquisidor labora mientras quiere, trabajando en secreto sobre los animales que confiesan; concebida una hipótesis, sobre ella edifica cábalas inductivas; la falta del debate contradictorio abre un portillo lógico al pensamiento paranoide; tramas alambicadas eclipsan los hechos. Dueño del tablero, dispone laS piezas como le conviene: la inquisición es un mundo verbal semejante al onírico; tiempos lugares, cosas, personas, acontecimientos fluctúan y se mueven en cuadros manipulables*” (CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Bogotá: Temis, 2000. t. I, p. 23).

jurisdicional, tenham valor probatório na sentença.⁴⁵⁵ Neste ínterim, deve-se ter um imenso cuidado com os elementos produzidos ao longo do inquérito policial, principalmente as medidas que necessitam de autorização judicial para a sua produção (interceptações telefônicas, provas antecipadas etc.), tendo em vista a possível contaminação do magistrado. A exclusão física do inquérito policial poderia evitar a contaminação do julgador ao analisar a viabilidade da acusação, mantendo-se, assim, o juiz distante da influência dos elementos coligidos pela polícia judiciária, carentes de contraditório e ampla defesa.

Com a criação do juiz das garantias,⁴⁵⁶ o problema poderia estar resolvido parcialmente, já que os elementos produzidos a título de “pesquisa” não acompanhariam os autos da ação penal, salvo as provas irrepetíveis. Contudo, o meio de obtenção completamente atípico e inidôneo restaria aceito dentro do procedimento de investigação.

Num segundo momento, o TRF4 alega justamente o fato da inobservância da forma preconizada pelo CPP na colheita da prova testemunhal,⁴⁵⁷ ou seja, a utilização de um meio atípico de obtenção de prova. O caso retrata uma nítida violação à forma prevista pelo Código de Processo Penal, confirmando que o meio utilizado pela autoridade policial se trata de um meio atípico e inidôneo.

Sob o viés da prova irrepetível, do que transparece, a prova testemunhal colhida de forma inidônea não tinha o caráter de irrepetibilidade. Ou seja, não há nos fundamentos para a solicitação e deferimento da medida por parte da autoridade

⁴⁵⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 195.

⁴⁵⁶ Reitera-se a ciência de suspensão do instituto.

⁴⁵⁷ “A fim de levantar dados para esclarecimentos sobre a possível prática de crimes por parte dos acusados, vinculados à Prefeitura de Caçador/SC, suspeitos de disponibilizarem valores à empresa de ônibus por serviços de transporte que não teriam sido efetivamente prestados, os policiais optaram por fazer 'entrevistas' na casa dos pacientes/usuários. Além da prática, no mínimo pouco usual, de entrevistas na residência das pessoas, os agentes não se identificaram como policiais, e nem mesmo informaram qual o objetivo dos questionamentos. Ao contrário, pediram para que os 'entrevistados' preenchessem um questionário intitulado 'PESQUISA DO GRAU DE SATISFAÇÃO DO USUÁRIO DO SUS NO MUNICÍPIO DE CAÇADOR-SC', o qual continha, dentre outras, perguntas sobre a forma de transporte desses usuários para tratamento de saúde. **Ora, parece claro que as pessoas que preencheram o formulário são, na verdade, testemunhas e deveriam ter sido intimadas para prestar depoimento formal na delegacia de polícia, com conhecimento sobre os fatos e os possíveis envolvidos e o objetivo da investigação.** Note-se que os depoimentos prestados foram considerados pela Autoridade Policial como 'prova da materialidade' do crime atribuído aos pacientes. **Assim, parece claro o vício nas declarações prestadas, as quais, na verdade, são depoimentos de testemunhas colhidos sem cumprimento da forma necessária.** Dessa forma, constatada a ilicitude da prova consubstanciada nos documentos denominados 'PESQUISA DO GRAU DE SATISFAÇÃO DO USUÁRIO DO SISTEMA SUS NO MUNICÍPIO DE CAÇADOR-SC', deverá essa prova ser retirada dos autos, bem como todas as provas que dela decorram exclusivamente, cabendo ao juízo singular a análise da viabilidade do prosseguimento da ação penal.” (grifo nosso).

policial nenhuma circunstância que aponte a necessidade de antecipação da colheita da prova testemunhal sob o viés da impossibilidade de feitura do ato em momento posterior.

Apesar de o quadro exposto tratar de testemunhas que utilizavam do meio de transporte para realizar procedimento médico em hospitais da região de Caçador, repita-se, não há informação que sustente a (i) urgência na realização da medida, (ii) a impossibilidade de repetição do ato posteriormente, (iii) a imprescindibilidade dos depoimentos para a decisão do caso penal. Assim, forçoso concluir que as diretrizes dos artigos 156, inciso I e 366, ambos do CPP, não estavam presentes no caso em análise. Aliás, o procedimento sequer teve apreciação por parte da autoridade judicial competente, ou seja, sob nenhum aspecto a prova poderia ser considerada irrepitível pela autoridade policial.

Sob a perspectiva de meio de obtenção de prova de forma oculta, ou seja, como meio de investigação de provas, o que de fato ocorreu na diligência realizada pela polícia judiciária é a incidência de um meio atípico para a obtenção de prova testemunhal.⁴⁵⁸ Todas as formalidades aplicadas ao depoimento em juízo devem ser replicadas no inquérito policial para o procedimento de interrogatório ou oitiva de testemunhas.

Podemos extrair algumas características do método empregado para a obtenção da prova testemunhal: (i) agente policial disfarçado de “Servidor Público Federal”, (ii) não há autorização judicial para o emprego de disfarce, método ou qualquer figura oculta, (iii) utiliza-se o pretexto de pesquisa para ingressar na residência das testemunhas,⁴⁵⁹ (iv) não há a cientificação das testemunhas sobre o real destino do material.

⁴⁵⁸ Claus Roxin e Bernd Schunemann retratam, sob o viés das proibições de prova os métodos de interrogatórios proibidos: “De acuerdo con él, son inadmisibles: a) todas las formas de influencia provocadas físicamente (maltrato, cansancio, agresiones corporales, administración de medicamentos), b) todas las formas de influencia psíquica directa (engaño, hipnosis, amenaza, promesa de una ventaja no prevista en la ley, tortura), c) la coacción ilegítima, según el ordenamiento procesal y d) las medidas que afectan la memoria y la capacidad de comprensión” (ROXIN, Claus. SCHUNEMANN, Bernd. **Derecho procesal penal**. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2019, p. 316).

⁴⁵⁹ No magistério de Ada Pellegrini Grinover: “O que importa, entretanto, é que o direito à intimidade integra a categoria dos direitos de personalidade, e suas manifestações são múltiplas, incluindo o direito à imagem, à defesa do nome, à tutela da obra intelectual, à inviolabilidade do domicílio e ao segredo (epistolar, documental, profissional). Tais direitos são apenas algumas de suas expressões, não se tratando, contudo, de um rol taxativo, uma vez que a tutela da intimidade poderá ser estendida a novos atributos da personalidade” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 106).

Apesar do sistema processual entabulado no CPP conceber a liberdade probatória, a ausência de tipificação e disposição do meio de obtenção não induz à autorização de implementação de tal método. Isso, porque, diante da função da prova de fixar os fatos no processo,⁴⁶⁰ é imprescindível a

submissão dos procedimentos probatórios a certas regras – lógicas, psicológicas, éticas, jurídicas etc. –, cuja inobservância acarretaria uma inevitável fratura entre o julgamento e a sociedade no seio da qual é realizada.⁴⁶¹

Outra circunstância importante é a implementação de método atípico e oculto na investigação de crimes de dispensa de licitação e peculato, que destoam do caráter de crimes graves ou gravíssimos que possam justificar a atuação de método oculto e atípico. Nesta linha, também há violação ao princípio da proporcionalidade, que limita a incidência do poder punitivo àqueles fatos graves e gravíssimos que permitem a tutela penal de forma mais invasiva.

A decisão também apresentou pontos sensíveis. O TRF4 concluiu que a prova deveria ser desentranhada dos autos e a análise da extensão dos efeitos da ilicitude ficaria sob responsabilidade do juiz de primeiro grau, assim como a possibilidade de continuidade da ação penal. A questão também desborda em verificar como a ilicitude atingiria os demais atos processuais, sejam eles o indiciamento operado pela Autoridade Policial, a própria denúncia do Ministério Público Federal e, não menos importante, a decisão de recebimento da denúncia pelo Juízo competente.

O art. 157, § 1º, do CPP⁴⁶² determina a exclusão das provas ilícitas, bem como das derivadas das ilícitas e, como fica evidente, o grande problema é o julgador de primeiro grau fazer a valoração do que poderá continuar fazendo parte dos autos e o que deverá ser desentranhado. A problemática referente à autonomia das proibições de prova em relação ao instituto das nulidades merece atenção, pois, caso a prova obtida por meio inidôneo seja decretada como uma prova proibida, os seus efeitos em cadeia deverão ser analisados em relação às provas secundárias.

⁴⁶⁰ GOMES Filho, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 91.

⁴⁶¹ GOMES Filho, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 91.

⁴⁶² “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.”

O episódio que deu origem ao caso mais conhecido sobre os efeitos dos meios de provas obtidos indiretamente surgiu nos Estados Unidos da América, a chamada doutrina da “*fruit of the poisonous tree doctrine*”.⁴⁶³ O clássico caso, envolvendo *Silverthorne Lumber Co. v. United States (1920)* e *Nardone v. United States (1939)* vigorou, de forma muito pacífica, o princípio do efeito-à-distância das *exclusionary rules*.⁴⁶⁴

Acerca do tema, António de Jesus Teixeira tem posição firmada no seguinte sentido:

O instituto das proibições de prova deve ser interpretado como abrangendo no seu âmbito normativo o tele-efeito, e em consequência, sendo este último um mecanismo que visa à proteção, em última instância, dos direitos fundamentais deve ser aplicado em cadeia sem qualquer restrição.⁴⁶⁵

As proibições de prova, além de protegerem diretamente os direitos, liberdades e garantias individuais, resguardam toda a comunidade dos abusos que podem ser cometidos em prol da verdade a todo o custo.⁴⁶⁶ Como advertem Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, são nulas “as provas obtidas mediante ofensa da integridade moral das pessoas, designadamente quando obtidas mediante perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de uso de meios enganosos”.⁴⁶⁷

Ocorre que, a verificação dos efeitos-à-distância deve ser fundamentada na probabilidade de contaminação daquela prova que se extrairá dos autos. Assim, ter-se-ia que, novamente, na análise dos elementos produzidos no inquérito policial, o juiz de primeiro grau irá adentrar na conferência de informações que não foram produzidos sob o crivo do contraditório e que só terão o viés inquisitório. Assim, além de contaminar-se ainda mais pelas incursões significativas na análise de indícios do inquérito, iria fazer um pré-julgamento de quais provas seriam aptas a continuar no processo.

⁴⁶³ TEIXEIRA, António de Jesus. **Os limites do efeito-à-distância nas proibições de prova no processo penal português**. 1. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2014, p. 63.

⁴⁶⁴ TEIXEIRA, António de Jesus. **Os limites do efeito-à-distância nas proibições de prova no processo penal português**. 1. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2014, p. 64.

⁴⁶⁵ TEIXEIRA, António de Jesus. **Os limites do efeito-à-distância nas proibições de prova no processo penal português**. 1. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2014, p. 111.

⁴⁶⁶ TEIXEIRA, António de Jesus. **Os limites do efeito-à-distância nas proibições de prova no processo penal português**. 1. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2014, p. 29.

⁴⁶⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 28.

A bem da verdade, o meio utilizado pela Polícia Federal se trata forma inidônea de produção de prova, através de agentes ocultos, que não tinham autorização para fazê-lo. O tema tem uma fundamental importância na medida em que deverá ser analisado aquilo que poderá ser admitido como prova ou não.⁴⁶⁸

Assim, a nosso ver, acertou o TRF4 ao determinar a exclusão dos autos. Equivocou-se, entretanto, ao não determinar o efeito em cascata da nulidade oriunda dessa prova obtida por meios inidôneos.

3.5 Meios Atípicos e Prova Irrepetível: Reafirmação dos Direitos Fundamentais na Proteção e Defesa do Estado de Direito

O processo penal tem ampla relação com o direito constitucional. Claus Roxin e Bern Schunemann apontam a Constituição como *sismógrafo*⁴⁶⁹ do direito processual penal. Isso significa que cada mudança, ruptura ou alteração na estrutura constitucional, ocasionará efeitos no processo penal. Essa relação umbilical é a base para a construção de modelos processuais regidos pelos limites estabelecidos na Carta Constitucional, especialmente no que tange aos direitos e garantias fundamentais.⁴⁷⁰

Alberto Binder refere que o processo penal não pode ser visto isoladamente como um conjunto de normas que regulam os atos processuais ou as faculdades das

⁴⁶⁸ “El estudio del tema, sin embargo, tiene enorme importancia, porque, se prescindimos de la regla general de apertura y no centramos en las llamadas – en ocasiones impropriamente, pero muy alegórica y demostrativamente – prohibiciones probatorias, ellas nos proporcionan el sentido de la licitud del conocimiento humano en los procesos judiciales, esto es, el sentido de aquello que puede ser incorporado como prueba en un procedimiento penal y valorado en una decisión judicial – por ejemplo, en una sentencia – y, además, consiguientemente – sobre todo cuando ella quiere la expresión de sus fundamentos, esto es, la expresión de las razones por las cuales alguien considera que tal hecho o tal característica son probables o están totalmente verificados –, también nos informa acerca del concepto de validez de la decisión”. (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**: parte general: Actos procesales. 1. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2015, p. 105).

⁴⁶⁹ ROXIN, Claus. SCHUNEMANN, Bernd. **Derecho procesal penal**. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2019, p. 68.

⁴⁷⁰ “A Constituição Federal brasileira assegura aos indivíduos direitos fundamentais oponíveis contra todos os poderes do Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário (cf., especialmente, o art. 5º CF). Isso significa, inquestionavelmente, que o Estado não pode tudo contra o indivíduo; há espaços em que, em princípio, o Estado não pode adentrar, e esses espaços chamam-se direitos fundamentais. Diante do imperativo jurídico de proteger os indivíduos e a sociedade e de promover os fins que lhe incumbem (por ex., art. 3º CF), o Estado pode ver-se forçado a adentrar nesses espaços individuais protegidos. Para tanto, ele necessitará de uma justificação especial.” (GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. A infiltração online no processo penal – Notícia sobre a experiência alemã. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p.1483-1518, set./dez. 2019, p. 1485. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.278>. Acesso em: 10 jul. 2020).

partes, eis que a simples leitura do Código de Processo Penal transparece uma visão “*empobrecia y posiblemente inexacta*”.⁴⁷¹ Neste ínterim, “justiça criminal” ou “justiça penal” remeteriam a um “universo de práticas” orientado por um sistema normativo complexo.⁴⁷² Essa complexidade deve ser desenhada através dos preceitos constitucionais visando preservar a democraticidade⁴⁷³ do sistema.

Isso origina modelos probatórios que de fato traduzam o conteúdo positivado nas diretrizes constitucionais, especialmente os princípios inerentes ao processo penal.⁴⁷⁴ A ritualística das provas reflete o modelo exposto na Constituição e o sopesamento de garantias: quanto maior o nível de garantias para que se chegue ao juízo condenatório,⁴⁷⁵ maior a probabilidade de que nenhum inocente venha a ser condenado.

O direito das partes à introdução das provas no processo penal não é absoluto, embora de índole constitucional, está sujeito a limitações e restrições.⁴⁷⁶ A evolução da tecnologia e dos meios de obtenção de prova na investigação trazem

⁴⁷¹ BINDER, Alberto M. **Derecho procesal penal**. 1. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2014. t. II, p. 38.

⁴⁷² BINDER, Alberto M. **Derecho procesal penal**. 1. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2014. t. II, p. 39.

⁴⁷³ MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 93.

⁴⁷⁴ “Sob ambos os aspectos, o *princípio da legalidade* vem a configurar-se como o princípio constitutivo da experiência jurídica moderna: enquanto fonte de legitimação das normas jurídicas vigentes e, por outro lado, daquelas válidas, este é precisamente constitutivo do moderno direito positivo e juntamente do moderno Estado de direito; enquanto princípio de reconhecimento das mesmas normas como empiricamente dadas ou positivas, este é constitutivo da *moderna ciência do direito* como disciplina empírica ou positiva, da qual vale determinar e simultaneamente circunscrever o objeto. Mais exatamente, entendido como fonte jurídica de legitimação, o princípio da legalidade representa um *postulado jurídico* do juspositivismo no qual se baseia a função garantista do direito contra o arbítrio.” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 802).

⁴⁷⁵ Teresa Armenta Deu refere as seguintes regras para valoração da prova: “a) Sólo la actividad probatoria de cargo, debidamente practicada puede conducir al juzgador al convencimiento de la certeza de la culpabilidad. Si no produce tal convencimiento debe operar la presunción de inocencia. b) La prueba practicada debe constituir una “mínima actividad probatoria de cargo. Significa este presupuesto que debe existir una mínima actividad probatoria acusadora, objetivamente incriminatoria, que después, sometida a valoración judicial, consigue la íntima convicción de la culpabilidad. Así, la actividad probatoria de cargo es necesaria para arrumbar el principio *in dubio pro reo* pero no conduce inexorablemente a la condena si posteriormente no se valora como suficiente, em sí, o porque existen pruebas de descargo que vuelven a dejar operativa la presunción de inocencia. c) La prueba con las características reseñadas debe haber cumplido todas las garantías. La convicción judicial no sólo debe basarse em una mínima actividad probatoria de cargo formulada como se acaba de señalar, las pruebas deben haberse practicado con todas las garantías, esto es, a) em juicio oral; b) con intermediación, oralidad, concentración y publicidad; c) sometándose a contradicción, y d) sen haber vulnerado derecho fundamental alguna, lo que la convertiría en ‘prueba ilícita’” (ARMENTA DEU, Teresa. **Estudios de justicia penal**. Madrid: 2014, p. 65-66).

⁴⁷⁶ GOMES Filho, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 91.

consequências⁴⁷⁷ e têm transformado a relação conturbada entre inquérito policial e direitos e garantias fundamentais. Isso porque a investigação vem sendo aparelhada por novos métodos e meios de obtenção de provas que não possuem regulamentação dentro do sistema probatório e, em determinados casos, como já exposto, a autoridade policial utiliza de meios atípicos para a obtenção de fontes de prova. No mundo processual, “a atividade da prova é regida por outros fatores que justificam que a lei estabeleça limites de admissão ou casos de inadmissibilidade probatória”.⁴⁷⁸

Como adverte Francisco Muñoz Conde, em alusão ao pensamento foucaultiano, devido à evolução dos meios de obtenção e de prova já atravessamos a fase caracterizada como “controle do corpo” para a fase do “controle da alma” tendo em vista a captação das palavras, imagem e som, núcleo da intimidade e da personalidade e, portanto, da espiritualidade de cada indivíduo.⁴⁷⁹ Segundo o autor, provavelmente isso se deve à inevitável evolução dos sistemas sancionatórios em função das transformações das relações sociais.

Alguns países europeus, como a Espanha,⁴⁸⁰ Alemanha⁴⁸¹ e Itália,⁴⁸² já utilizam meios de obtenção de provas atípicos⁴⁸³ para a colheita de prova irrepetível na

⁴⁷⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. Controle eletrônico e captações visuais na persecutio criminis. *In*: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto. **Garantias penais: estudo alusivo aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich**. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019, p. 440.

⁴⁷⁸ BADARÓ, Gustavo. H. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018, p. 58. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>. Acesso em: 20 mai. 2020.

⁴⁷⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales em el proceso penal. **Lusíada**, Lisboa, n. 4/5, p. 31-76, 2007. Disponível em: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/678/766>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁴⁸⁰ VELASCO NUÑEZ, Eloy. ADSL y troyanos: intervención de sus datos y telecomunicaciones en la investigación penal. **La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario**, Madrid, v. 8, n. 82, p. 18-25, mai. 2011, p. 25. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=87008. Acesso em: 23 jun. 2020; RAMALHO, David da Silva. **Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital**. Almedina: Coimbra, 2017, p. 332.

⁴⁸¹ Importante registrar que a Alemanha está regularizando a utilização da infiltração online. (GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. A infiltração online no processo penal – Notícia sobre a experiência alemã. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1483-1518, set./dez. 2019, p. 1488. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.278>. Acesso em: 10 jul. 2020).

⁴⁸² ARMANDO, Mele. Trojan horse e limiti dell’intercettazione ambientale. **Diritto & Diritti**, p. 01-07, 16 maggio 2018. ISSN 1127-8579. Disponível em <https://www.diritto.it/trojan-horse-limiti-dellintercettazione-ambientale/>. Acesso em: 25.jun.2020; ver também CAPRIOLI, Francesco. Il “captatore informatico” come strumento di ricerca della prova in Italia. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 483-510, mai./ago. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.71>. Acesso em: 10 jul. 2020; RAMALHO, David da Silva. **Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital**. Almedina: Coimbra, 2017, p. 330.

⁴⁸³ Conforme Luíz Grecco e Orlandino Gleizer, a Alemanha alterou a legislação com o objetivo de regularizar a e tipificar os meios de obtenção de provas e estabeleceu alguns critérios para a utilização: a) suspeita do fato; b) catálogo de fatos; c) a gravidade no caso concreto; d) a subsidiariedade; e)

investigação preliminar. Tratando-se, por exemplo, de meios de obtenção ocultos, altamente invasivos, Manoel da Cosa Andrade infere às escutas telefônicas uma “danosidade social polimórfica”,⁴⁸⁴ devido ao seu alto grau de incidência na vida privada do investigado e das pessoas que o cercam. Isso nos leva a refletir⁴⁸⁵ sobre a incidência de controle eletrônico e captações visuais⁴⁸⁶ da obtenção da prova por GPS,⁴⁸⁷ *malware*,⁴⁸⁸ *trojan horse*,⁴⁸⁹ sem nenhuma tipificação na legislação e sem

proporcionalidade em sentido estrito; f) os possíveis afetados pela medida; e g) os possíveis afetados pela medida (GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. A infiltração online no processo penal – Notícia sobre a experiência alemã. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p.1483-1518, set./dez. 2019, p. 1498 e ss. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.278>. Acesso em: 10 jul. 2020).

⁴⁸⁴ “O que quero dizer com isto é que as escutas telefônicas são o meio de prova mais invasivo dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas. Desde logo, porque quem aplicar as escutas telefônicas nunca consegue limitar os danos. Os estragos, têm uma dimensão subjetiva (apanhamos sempre mais pessoas do que queríamos apanhar) e lesam sempre muito mais bens jurídicos, muito mais interesses do que aqueles que se queria lesar. Através de uma escuta, sabe-se a vida da pessoa escutada, sabe-se a vida das pessoas de quem ela fala, a vida das pessoas que falam pra ela. Põem-se em causa todas as esferas de segredo que a lei protege: o segredo do advogado, do médico, do confessor, a confidencialidade das relações familiares, tudo isto é devastado pelas escutas. Depois, do lado dos valores: é o direito à palavra – o direito fundamental que todos temos a que a nossa palavra, não proferida em público, não seja gravada sem o nosso consentimento – é o direito à privacidade e à intimidade, a violação do estado processual activo, isto é, o direito que o arguido tem de não ter de contribuir positivamente para sua condenação, privilégio que foi introduzido numa das emendas da constituição americana” (ANDRADE, Manuel da Costa. Das escutas telefônicas. *In*: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 205. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=10239. Acesso em: 23 jun. 2020).

⁴⁸⁵ Importantes questionamentos realizados por Nereu Giacomolli sobre a incidência das captações visuais no processo penal: “Tal emprego, no âmbito criminal, sem previsão legal, suscita uma série de problemas. Primeiro, trata-se de meio atípico de prova ou de instrumento atípico de busca da prova? Há necessidade de lei e de autorização judicial para sua utilização? Qual a situação dessa nova metodologia, em face da Constituição? A autoridade policial pode utilizar essa metodologia para buscar novas fontes de prova? A filmagem de um fato é um meio válido de busca da prova? Há alguma diferenciação probatória entre a filmagem em local público e em local privado? Exige-se ciência ou visibilidade das câmeras em local público? Exige-se ciência ou visibilidade das câmeras em local privado? Admite-se a prova quando a filmagem é tomada fora de um procedimento investigatório ou fora de um processo? Há necessidade de autorização judicial?” (GIACOMOLLI, Nereu José. Controle eletrônico e captações visuais na persecutio criminis. *In*: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto. **Garantias penais**: estudo alusivo aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019, p. 439).

⁴⁸⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. Controle eletrônico e captações visuais na persecutio criminis. *In*: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto. **Garantias penais**: estudo alusivo aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019, p. 440.

⁴⁸⁷ Ver BRITO, Maria Beatriz Seabra de. **Novas tecnologias e legalidade da prova em processo penal**: Natureza e enquadramento do GPS como método de obtenção de prova. Coimbra: Almedina, 2018.

⁴⁸⁸ Ver MENDES, Carlos Hélder Furtado. **Tecnoinvestigação criminal**: Entre a proteção de dados e a infiltração por software. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

⁴⁸⁹ ARMANDO, Mele. Trojan horse e limiti dell’intercettazione ambientale. **Diritto & Diritti**, p. 01-07, 16 maggio 2018. ISSN 1127-8579. Disponível em <https://www.diritto.it/trojan-horse-limiti-dellintercettazione-ambientale/>. Acesso em: 25.jun.2020; VELASCO NUÑEZ, Eloy. ADSL y troyanos: intervención de sus datos y telecomunicaciones en la investigación penal. **La ley penal**: revista de

regramentos específicos para sua incidência no processo penal. Todos meios de obtenção de provas ocultos e invasivos que buscam a captura da prova no exato momento em que está sendo “produzida”.

Este avanço tecno-científico é defendido por alguns estudiosos. Mario Daniel Montoya⁴⁹⁰ refere, que diante de uma nova criminalidade controlada e dirigida pelo crime organizado, necessita-se de novas armas e metodologias modernas para penetração na sua estrutura, ou seja, o Estado deve dispor de alternativas para o enfrentamento da macrocriminalidade. Juan Carlos Ortiz Pradillo defende que o direito processual penal necessita de uma adaptação para a era digital.⁴⁹¹ Desde os anos 1980, a ciência forense vem se desenvolvendo para fazer frente à expansão da criminalidade através da Internet. Agora há a implementação de sofisticados programas e dispositivos eletrônicos para a obtenção de prova à distância: “denominados ‘*hacking*’ o *intrusismo* informático.”⁴⁹²

O problema enfrentado na Espanha, assim como em outros países, é justamente a ausência de regulamentação dos novos meios de obtenção de prova irrepetível que se confundem com métodos ocultos de investigação. Como solução, o autor sugere duas alternativas: a) reinterpretação por parte do Supremo Tribunal Constitucional das normas da Ley de Enjuiciamiento Criminal com a integração dos novos métodos de obtenção de prova⁴⁹³ e b) reforma da Ley de Enjuiciamiento Criminal “para que não se tenha dúvidas sobre a legalidade das atuações policiais”.⁴⁹⁴

derecho penal, procesal y penitenciario, Madrid, v. 8, n. 82, p. 18-25 mai. 2011, p. 21. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=87008. Acesso em: 23 jun. 2020.

⁴⁹⁰ MONTOYA, Mario Daniel. El agente encubierto en la lucha contra el crimen organizado en la Argentina. **Ciencias Penales Contemporáneas: Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología**, Mendoza, v. 1, n. 2, p. 67-92, 2001, p. 295. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=39380. Acesso em: 29 jun. 2020.

⁴⁹¹ ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. <> legal al servicio de la investigación criminal: nuevos instrumentos para la investigación y prueba de la delincuencia informática. **Revista Aranzadi de derecho y proceso penal**, Navarra, v. 2, n. 26, p. 67-92, 2011, p. 68. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=95307. Acesso em: 23 jun. 2020.

⁴⁹² ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. <> legal al servicio de la investigación criminal: nuevos instrumentos para la investigación y prueba de la delincuencia informática. **Revista Aranzadi de derecho y proceso penal**, Navarra, v. 2, n. 26, p. 67-92 2011, p. 72. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=95307. Acesso em: 23 jun. 2020.

⁴⁹³ ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. <> legal al servicio de la investigación criminal: nuevos instrumentos para la investigación y prueba de la delincuencia informática. **Revista Aranzadi de derecho y proceso penal**, Navarra, v. 2, n. 26, p. 67-92, 2011, p. 79. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=95307. Acesso em: 23 jun. 2020.

⁴⁹⁴ ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. <> legal al servicio de la investigación criminal: nuevos instrumentos para la investigación y prueba de la delincuencia informática. **Revista Aranzadi de derecho y proceso penal**, Navarra, v. 2, n. 26, p. 67-92, 2011, p. 80. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=95307. Acesso em: 23 jun. 2020.

Do que é possível extrair dos casos explanados, o que ocorre, primeiro, é a utilização por parte dos órgãos de investigação de um método novo de obtenção de prova não tipificado, visando obter a prova irrepetível. Posteriormente a sua utilização é que se verifica a constitucionalidade e/ou a violação de garantias e direitos fundamentais.⁴⁹⁵ Ou seja, mesmo não estando previsto na legislação, o método atípico e altamente invasivo é utilizado mesmo assim, desprezando-se eventual lesão a direito fundamental. O *modus operandi* pelos órgãos encarregados da persecução penal é similar, implementando a técnica para depois verificar os efeitos e sua validade no âmbito constitucional.

Contudo, mesmo que o meio de obtenção de provas seja declarado inválido e que todos os elementos de prova tenham sido anulados e retirados do processo, a lesão aos direitos e garantias fundamentais já está configurada. Não há como reparar a devassa ocasionada na vida privada e íntima do sujeito investigado, nem mesmo mensurar as consequências pessoais da medida.⁴⁹⁶ Meios de obtenção de provas irrepetíveis, utilizados como técnicas ocultas de investigação, devem observar ao princípio da reserva legal, isto é, necessariamente devem seguir o procedimento probatório criado pelo legislador.

Sobre o direito ao sigilo das comunicações e os limites do direito à prova, Antônio Magalhães Gomes Filho⁴⁹⁷ aponta que no Estado Democrático de Direito, as

⁴⁹⁵ Como refere Jordi Nieva Fenol: “*Ciertamente, em el proceso penal vivimos em un estado permanente paradoja. Estamos obligados a respetar unos derechos fundamentales, pero em algunas ocasiones preferimos mirar hacia otro lado para conseguir la eficacia de las investigaciones, como ya se destacó em el apartado anterior. En relación con el tema que nos ocupa este epígrafe, la paradoja se produce al consentir que la policía judicial actúe de forma autónoma, olvidando que no es más que un ente auxiliar que depende orgánicamente del ejecutivo – estatal o autonómico – correspondiente, y funcionalmente de jueces y fiscales.*” NIEVA FENOLL, Jordi. La protección de derechos fundamentales en las diligencias policiales de investigación del proceso penal. **La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario**, Madrid, v. 5, n. 50, p. 81-101, jun. 2008. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=68744. Acesso em: 2 jul. 2020.

⁴⁹⁶ “As informações que podem ser obtidas por um software de espionagem são quase ilimitadas: senhas, arquivos (fotografias, áudios, documentos de texto, logs de atividades do sistema, entre outros); localização do usuário (através da tecnologia do GPS do aparelho, por exemplo); comunicações por áudio, vídeo e mensagem de texto; monitoramento em tempo real do usuário (através da captura de sons pelo microfone, imagens pela câmera e localização física pela tecnologia de GPS do aparelho, sempre que o dispositivo possuir tais recursos); monitoramento em tempo real do conteúdo a ser digitado; monitoramento em tempo real de todas as atividades exercidas no aparelho; e até mesmo informações biométricas guardadas no sistema (impressão digital, reconhecimento facial, identificação pela íris ou retina, sempre que o sistema possuir tais funções).” RIBOLI, Eduardo Bolsoni. Eu sei o que vocês fizeram no verão passado: o uso de software de espionagem como meio de obtenção de prova penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 91-139, jun. 2019, p. 104. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151438. Acesso em: 2 jul. 2020.

⁴⁹⁷ GOMES Filho, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 125.

leis que restringem direitos e garantias fundamentais, bem como a liberdade, ainda que por autorização da própria Constituição, devem atender ao critério de proporcionalidade ou justa medida.

Nessa seara, é de extrema importância a lição trazida por Giacomolli, ressaltando que a nova metodologia de busca e coleta de prova há de ser adequada à Constituição Federal e aos diplomas internacionais subscritos pelo Brasil: “os limites ao deferimento das técnicas especiais de busca da prova estão na constitucionalidade e convencionalidade”, tendo em vista que “por esses filtros também devem passar a admissibilidade e a valoração da prova, ultrapassando-se a mera previsibilidade ordinária”. Conclui o autor que “o espaço público do processo não pode ser estreitado e o espectro de garantias não pode ser maculado” e que “sem as reservas legais, constitucionais e convencionais, no plano formal e material, não haverá legitimidade das novas técnicas de busca de prova”.⁴⁹⁸

A Constituição Federal é específica quanto à inviolabilidade da “intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”,⁴⁹⁹ assim como à inviolabilidade da casa, “ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador”,⁵⁰⁰ incluindo “o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas”.⁵⁰¹

Ada Pellegrini Grinover refere que a evolução da vida moderna, especialmente com a intensificação das relações sociais e do progresso tecnológico, “tende a uma limitação cada vez maior da esfera em que se pode viver ao abrigo de interferências alheias”.⁵⁰² A autora coloca as lesões do direito à intimidade sob dois aspectos. O primeiro, concernente à autoridade pública, seja no campo da polícia ou na atividade

⁴⁹⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. O processo penal e a lei 12.850/2013. *In*: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (org.). **Criminalidade Organizada**. São Paulo: Almedina. 2017, p. 171.

⁴⁹⁹ “Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”.

⁵⁰⁰ “Art. 5.º [...] XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;”.

⁵⁰¹ “Art. 5.º [...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”.

⁵⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 99.

judiciária. Já o segundo, “não diz respeito à autoridade, mas sim a outros indivíduos”.⁵⁰³

Obviamente que não se desconhece as exceções contidas na própria Constituição Federal que possibilita “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.⁵⁰⁴ A excepcionalidade da quebra do direito à privacidade, inviolabilidade e intimidade do sujeito investigado necessariamente precisa estar demonstrada na decisão judicial, tratando-se de verdadeira exceção.

A preservação dos direitos constitucionais fundamentais somente admite, mediante o devido balanceamento com outros valores constitucionais em jogo, as exceções, com duas reservas básicas: lei e jurisdição.⁵⁰⁵

A obtenção das provas irrepetíveis no inquérito policial deve seguir o sistema probatório, ou seja, deve observar as diretrizes estabelecidas, sob pena de ignorar ser um processo penal atento à liberdade⁵⁰⁶ e aos princípios constitucionais de ampla defesa e contraditório.

⁵⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 101.

⁵⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 101

⁵⁰⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. Controle eletrônico e captações visuais na persecutio criminis. *In*: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto. **Garantias penais**: estudo alusivo aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019, p. 444.

⁵⁰⁶ Conforme crítica de Jurgen Wolter, “A conclusão intermediária é desalentadora. O moderno direito processual penal de segurança ignora quase completamente as colunas mestras de um processo penal atento à liberdade: o núcleo inviolável dos direitos de liberdade, incluído aqui o direito do imputado ao silêncio; a presunção de inocência e o direito a um processo equitativo; o direito da testemunha de recusar-se a depor; os direitos de liberdade dos não suspeitos; o princípio da obrigatoriedade; o princípio da proporcionalidade; a faculdade de direção do ministério público sobre a investigação preliminar; a separação informacional de poderes entre órgãos de segurança e justiça.” (WOLTER, Jurgen. **O inviolável e o intocável no direito processual penal**: Reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal. Org. Luis Greco. Trad. Alaor Leite e Eduardo Viana. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 181).

CONCLUSÃO

O presente estudo teve por objetivo analisar a utilização de meios atípicos de obtenção de prova irrepitível no inquérito policial e seus limites epistemológicos. Instigado pela pioneira decisão do TRF4 que determinou o desentranhamento dos elementos de prova obtidos por método atípico, buscou-se aferir a matéria de uma forma ampla, partindo de um estudo do inquérito policial.

Conforme exposto, o modelo de inquérito policial vigente ainda apresenta traços marcantes da cultura inquisitória e autoritária do processo penal. O procedimento pré-processual possui inúmeros problemas, especialmente a carência da participação da defesa na instrução do expediente e a própria cultura policial de buscar elementos que possam favorecer somente à acusação.

A evolução tecnológica é algo indissociável das relações sociais. Estamos inexoravelmente atrelados aos novos meios de comunicação e de relacionamentos. A forma como nos relacionamos em sociedade mudou drasticamente nos últimos anos. Inobstante a esta assertiva, as investigações criminais vêm sendo aparelhadas pela constante utilização de tecnologias.

Nessa toada, foi possível identificar que a tecnologia também atingiu a investigação criminal como um verdadeiro caminho sem volta. As periciais criminais cada vez mais ganham o status de prova indiscutível; os softwares permitem o cruzamento de dados de forma instantânea; o que antes era demorado e moroso para acontecer, hoje ocorre de forma rápida e célere. Ao mesmo tempo que a investigação mudou, problemas começam a aparecer.

A partir da formulação da hipótese pela autoridade policial, todas as diligências efetuadas no inquérito servirão essencialmente para justificá-la e confirmá-la, ou seja, despreza-se, praticamente na integralidade, os elementos que possam favorecer o investigado.

Não se desconhece o objeto do inquérito policial e a competência da Polícia Judiciária para a condução do expediente. Contudo, mesmo com a forte cultura inquisitória presente, o sistema de garantias delineado na Constituição Federal confirma a primeira hipótese do presente trabalho, que é a de garantir e assegurar ao indivíduo o devido processo legal.

A conclusão deste neste período estudo possibilitou acompanhar como as relações na sociedade moderna se transformam em um brevíssimo espaço de tempo. O período vivenciado desde o início da pandemia ocasionada pela COVID-19 teve como consequência a adaptação rápida das novas relações sociais, em regra geral.

Pelo exposto, inúmeras técnicas de investigação e meios de obtenção de provas (inclusive de forma oculta) são criadas ao passo que a tecnologia avança e, inclusive, da própria necessidade estatal de enfrentamento da macrocriminalidade. Até mesmo porque não se pode negar que o Estado precisa fazer frente aos novos desafios das medidas de ocultação e cometimento de ilícitos.

Neste sentido, devemos reconhecer a problemática do sistema de investigação vigente, consubstanciado no Código de Processo Penal de 1941 e em legislações especiais, como a Lei nº 12.850/2013, que introduziu diversos meios de obtenção de provas, e não possibilita a utilização de meios atípicos de obtenção, mas também não impede, ou seja, há uma omissão legislativa neste sentido.

Nesta linha, temos que meios atípicos de obtenção de prova são todos aqueles não previstos nas legislações, carecendo, portanto, de previsão legal e diretrizes para sua implantação. A bem da verdade, a evolução tecnológica possibilitou a criação de dispositivos de obtenção de prova à distância e ocultos, como o *malware*, busca online e *trojan horse*, já utilizados em países como Alemanha, Itália e Espanha. Contudo, são meios de obtenção não tipificados, sem nenhuma previsão legal na legislação brasileira e as respectivas nações ainda estão analisando qual será o enfrentamento dado a estes meios atípicos, seja pela análise jurisprudencial ou mudança legislativa.

Assim, é possível concluir que meios atípicos de obtenção de prova irrepitível violam os princípios da reserva legal, ampla defesa e contraditório, e, inclusive, o princípio da proporcionalidade, que muitas vezes é utilizado para a análise do deferimento de determinado meio de obtenção de prova.

A problemática se desdobra a partir da concepção de que provas irrepitíveis na investigação preliminar somente poderão ter o caráter de irrepitibilidade se determinados preceitos forem observados para a (i) abertura do incidente de produção antecipada (ii) e produção da prova.

Para a instauração do incidente, deverá estar categoricamente demonstrada a (i) impossibilidade de produção da prova posteriormente, (ii) a sua relevância e (iii) imprescindibilidade para utilização na sentença, (iv) adequação da medida, (v)

necessidade e (vi) proporcionalidade. Sem a presença destes requisitos, não é possível a abertura do incidente de produção antecipada da prova.

Veja-se que, presentes tais diretrizes e aberto o incidente de produção antecipada da prova, outros requisitos fundamentais deverão ser respeitados para o alcance do *status* de prova: (i) presença do investigado na produção da prova e (ii) garantia de todos os direitos do investigado no que concerne ao meio de prova produzido. Por exemplo, se a prova antecipada for testemunhal, deverão ser garantidas todas as diretrizes para a produção da prova testemunhal como se em juízo estivesse sendo produzida.

Em síntese, as balizas referidas poderão minimamente sustentar o procedimento antecipado. Contudo, identificamos a carência de diretrizes para a (i) abertura do procedimento de antecipação da prova (ii) e as próprias regras de produção.

Neste cenário, para o juiz poder valorar esta prova na sentença, o procedimento de produção antecipada deverá seguir o procedimento como se ela fosse produzida em juízo. Somente com a estipulação de balizas seguras será possível garantir que aquele elemento produzido de forma antecipada de fato ganhará o status de prova.

Sob este aspecto, buscou-se trazer as diretrizes do Código de Processo Civil para a produção antecipada da prova. A análise da produção antecipada da prova no processo civil confirmou, ainda mais, a terceira hipótese ventilada neste estudo de que o processo penal carece de disposições claras e precisas sobre a produção de provas antecipadas no inquérito policial.

Nesta seara, não é possível compartilhar da utilização das normas cíveis de forma analógica ao processo penal. Existe uma incompatibilidade entre os dois sistemas que impede e impossibilita a utilização de analogias sob pena de enfraquecer as bases dogmáticas do processo penal. A única possibilidade de alteração deste quadro é a criação de um procedimento para a produção antecipada da prova no processo penal.

Dentro desse contexto de investigação, o resultado de atos de investigação gera elementos de informação que poderão ser utilizados para o oferecimento da denúncia ou medidas cautelares, pessoais ou patrimoniais. Já os atos de prova poderão ser valorados pelo julgador, já que produzidos sob contraditório e em juízo. Essa diferença possui fator fundamental para assegurar que atos produzidos no inquérito não têm o condão de serem utilizados para a condenação do acusado.

A utilização de meios atípicos para a obtenção de provas irrepetíveis não comporta incidência no processo penal na medida em que inexistem diretrizes legais para sua utilização. A epistemologia, como estudo dos procedimentos e garantias fundamentais advindos da Constituição, impossibilita que a atipicidade de meios de obtenção possa incidir em procedimentos probatórios.

Isso significa que, a sua utilização poderá acarretar meio inidôneo de obtenção de prova e, sob a teoria da proibição de provas, inclui-se nos métodos proibidos de obtenção de forma indireta diante da ausência de preceitos legais.

Todas as medidas determinadas pela autoridade condutora da investigação devem observar as formas esculpidas na legislação. A realização dos atos do inquérito policial necessita da observância das formalidades constitucionais para ter validade e eficácia dentro do processo penal. A legislação pátria não possui uma categoria independente de proibições de prova, como no direito processual português, o que, muitas vezes, impossibilita o reconhecimento da prova ilícita ou a nulidade da prova eis que ainda vigente a necessidade de demonstrar o prejuízo em face daquela mácula ou da inobservância da formalidade imposta.

A decisão do TRF4 que declarou a ilicitude dos elementos de prova obtidos por meio inidôneo foi pioneira ao analisar os métodos atípicos de obtenção de provas. Os depoimentos realizados na forma de questionários foram declarados ilícitos. Também é necessário asseverar que a atuação dos agentes policiais disfarçados de servidores públicos feriu frontalmente os princípios da lealdade e da boa-fé. Inconcebível a atuação dos agentes ao arrepio da lei e do procedimento estabelecido para a colheita dos depoimentos.

É elementar que os agentes foram autorizados a ingressarem nas residências pela ingenuidade e boa-fé das “testemunhas”, as quais acreditara, de fato, que se tratava de uma pesquisa. A inviolabilidade do domicílio é uma das garantias asseguradas na Constituição Federal e, por ingenuidade dos pacientes e usuários do Sistema Único de Saúde – SUS, permitiram a entrada dos policiais nas residências sem os respectivos mandados judiciais.

O grande problema é determinar o reflexo da exclusão desta prova nos demais elementos cotejados nos autos, como se refere a doutrina dos “efeitos à distância”. A incumbência do magistrado de primeiro grau em realizar a tarefa acaba gerando uma

aproximação do julgador a elementos produzidos sem o devido contraditório. Isso poderá causar graves efeitos no momento de proferir a decisão final.

Para termos uma mudança na cultura dos agentes públicos encarregados das investigações criminais, seria necessário a criação de uma categoria independente das nulidades, discriminando a impossibilidade de produção de provas que possam ocasionar violação a direitos fundamentais. A determinação taxativa de proibição da prova ilícita na Constituição Federal muitas vezes não se mostra suficiente a frear o ingresso de prova ilícita no processo.

À medida em que as técnicas de investigação avançam, as legislações processuais devem evoluir com o objetivo de impedir que provas sem respaldo constitucional e que ferem as garantias constitucionais ingressem ou permaneçam no processo.

REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Marina Gascón. Prueba científica. Un mapa de retos. *In*: VÁZQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica**: Ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013.

AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas. **Crime Organizado**. Análise da Lei 12.850. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Bruscamente no verão passado, a reforma do código de processo penal**: observações e críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa. Das escutas telefônicas. *In*: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=10239. Acesso em: 23 jun. 2020.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de provas em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 2013.

ARAÚJO, Marcelo Azambuja. **Investigações empresariais**. São Paulo: Liber Ars, 2019.

ARMANDO, Mele. Trojan horse e limiti dell'intercettazione ambientale. **Diritto & Diritti**, p. 01-07, 16 maggio 2018. ISSN 1127-8579. Disponível em <https://www.diritto.it/trojan-horse-limiti-dellintercettazione-ambientale/>. Acesso em: 25 jun.2020.

ARMENTA DEU, Teresa. **Estudios de justicia penal**. Madrid: 2014.

AVELINO, Murilo Teixeira. **O controle judicial da prova técnica e científica**. Salvador: Juspodivm, 2017.

BADARÓ, Gustavo. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? *In*: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coord.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BADARÓ, Gustavo. Hipóteses que autorizam o emprego de meios excepcionais de obtenção de prova. *In* AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas. **Crime Organizado**: Análise da Lei 12.850. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

BADARÓ, Gustavo. H. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e contextos probatórios**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique; IVAHY, Righi; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 65, p.175-208 mar./abr. 2007.

BARBOSA, Emerson Silva. O devido processo penal e as garantias do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 74-88, jan./jun. 2011.

BARILLI, Raphael Jorge de Castilho. O inquérito policial como instrumento de garantia – uma análise prática a partir de sua função controladora de prisões ilegais. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 281, 2018. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=150313. Acesso em: 2 jul. 2020.

BARINAS UBIÑAS, Désirée. El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en el derecho a la vida privada: Las nuevas formas de ataque a la vida privada. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 15-09, p. 09:1-09:60, 2013. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-09.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2019.

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. (coord.). **Prova criminal e direito de defesa**: Estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo criminal. Coimbra: Almedina, 2010.

BINDER, Alberto M. **Derecho procesal penal**. 1. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2014. t. II.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 5289, de 2019**. Altera o art. 156 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) para estabelecer a obrigatoriedade de o Ministério Público buscar a verdade dos fatos também a favor do indiciado ou acusado. Autoria: Senador Antonio Anastasia. Brasília, DF: Senado Federal, [2019]. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8018336&ts=1594036946913&disposition=inline> Acesso em: 20 mai. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 19 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Exposição de Motivos nº 212, de 9 de maio de 1983. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 1983. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicaodemotivos-149193-pe.html>. Acesso em: 19 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013**. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma), **HC nº 199.086 São Paulo**. Relator: Ministro Jorge Mussi, 06 de maio de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal**. Relator: Ministro Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula Vinculante nº 14**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2009]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em: 12 mai. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). **Habeas Corpus nº 5037608-70.2015.4.04.0000/SC**. 8ª Turma Criminal. Relator: Desembargador João Pedro Gebran Neto, 18 de novembro de 2015. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php. Acesso em: 10 mai. 2020.

BRITO, Maria Beatriz Seabra de. **Novas tecnologias e legalidade da prova em processo penal**: Natureza e enquadramento do GPS como método de obtenção de prova. Coimbra: Almedina, 2018.

CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (coord.). **Processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAPRIOLI, Francesco. Il “captatore informatico” come strumento di ricerca della prova in Italia. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 483-510, mai./ago. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.71>. Acesso em: 10 jul. 2020.

CARVALHO, Salo de. A estrutura lógica e os fundamentos ideológicos do sistema de penas no Projeto de Lei Anticrime. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 64, n. 3, p. 161-192, set./dez. 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/66656>. Acesso em: 11 mar. 2020.

CESARI, Claudia. Editoriale: L’impatto delle nuove tecnologie sulla giustizia penale – un orizzonte denso di incognite. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 3, p. 1169, set./dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.292>. Acesso em: 10 jul. 2020.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito. 2017.

COLOMER, Juan-Luis Gómez (coord.). **Termas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal del siglo XXI**. 1.ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010.

CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Bogotá: Temis, 2000. t. I.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, a. 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. O Direito e a legislação penal brasileira no Séc. XX. *In*: GAUER, Ruth Maria Chittó. **Criminologia e sistema jurídico-penais contemporâneos**. 2. Ed. rev. e ampl. Porto Alegre, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova**. Coimbra: Almedina, 2009.

EBERHARDT, Marcos. A (im)possibilidade do uso de malware como meio de obtenção de prova em face da alteração na lei 9.296/96 proposta pelo “pacote anticrime” e a necessidade de observância de balizas legislativas na legitimação de novos métodos investigativos. *In*: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto. **Garantias penais**: estudo alusivo aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Investigação Criminal e Ação Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. Madrid: Trotta, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e Sucedâneos de Prova. *In*: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Provas no processo penal**: Estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal**. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>. Acesso em: 20 mai. 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. Controle eletrônico e captações visuais na persecutio criminis. *In*: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto. **Garantias penais**: estudo alusivo aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019.

GIACOMOLLI, Nereu José. Expectativas e propostas acerca do inquérito policial. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 41, n. 134, p. 465-488, jun. 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica: Casos da Corte Interamericana do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Atlas, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu; SANTOS, Laura Rodrigues dos. Cooperação jurídica internacional em matéria criminal: autoridades centrais, das rogatórias ao auxílio direto. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 46, p. 98-116, jul./set. 2012.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: Uma genealogia das ideais autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução à teoria do ato processual irregular. Salvador: Juspodivm, 2013.

GOLDSCHMIDT, James Paul. **Princípios gerais do processo penal**: conferências proferidas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; SCLIAR, Fábio. Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia. **Revista criminal**: ensaios sobre a atividade policial, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 23-37, out./dez. 2008. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=86530. Acesso em: 2 jul. 2020.

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

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanóide de (coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. O correio eletrônico como meio de obtenção da prova penal: breves anotações aos sistemas brasileiro e português. *In*: VAZ, Denise Provasi *et al* (org.). **Eficiência e garantismo no processo penal**: Estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: LiberArs, 2017.

GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, José Luis. Reflexiones sobre el proyecto de ley orgánica de modificación de la Lecrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 17-06, p. 1-41, 2015. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/17/recpc17-06.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. A infiltração online no processo penal – Notícia sobre a experiência alemã. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto

Alegre, v. 5, n. 3, p.1483-1518, set./dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.278>. Acesso em: 10 jul. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUARAGNI, Fábio André; RIOS, Rodrigo Sanchez. Novas tendências de combate aos crimes cibernéticos: cooperação internacional e perspectivas na realidade brasileira contemporânea. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 8, n. 73, p. 167-196, 2019.

GUARIGLIA, Fabricio. **Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria em el procedimiento penal**: Una propuesta de fundamentación. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

JESUS, Francisco Marcolino de. **Os meios de obtenção de prova em processo penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Coimbra: Almedina, 2015.

JIMÉNEZ DÍAZ, María José. Sociedad del riesgo e intervención penal. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 16-08, p. 08:1-08:25, 2014. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

JOBIM, Marco Félix; PEREIRA, Rafael Caselli. Produção antecipada de prova como técnica processual de incentivo à composição consensual. *In*: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan. **Produção antecipada de prova**. Questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thot, 2018.

KHALED JR., Salah H. O juiz e o historiador na encruzilhada da verossimilhança: ambição de verdade no processo penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 30, p. 189-206. 2008.

KHALED JR., Salah H. O juiz e o historiador: revisitando uma comparação clássica. **Revista do CEJUR/TJSC**: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 02, p. 73-91, 2014.

KHALED JR, Salah. Repensando o processo penal para além de fronteiras civilistas: a incerteza das situações jurídicas processuais e o contraditório dialógico como meio de constrangimento do caráter alucinatório da evidência. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 53, p. 132-155, abr./jun. 2014.

KHALED JR., Salah Hassan; ROSA, Alexandre Moraes da. O oculto inquisitório e o processo penal como monumento. *In*: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Cláudia Ferigato; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (ed.). **Processo penal e garantias**: Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

KNIJNIK, Daniel. OS “STANDARDS” DO CONVENCIMENTO JUDICIAL: PARADIGMAS PARA O SEU POSSÍVEL CONTROLE. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**, Porto Alegre, [s.d.]. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>. Acesso em: 20 out. 2019.

LAUDAN, Larry. **Verdad, error y proceso penal**. Un ensayo sobre epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LOPES, Marcus Vinícius Pimenta. Uma releitura do direito ao confronto no Processo Penal brasileiro. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 283, p. 12-14, jun. 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: Introdução crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**. Introdução crítica. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 1, n. 0, p. 57-86, mai./ago.. 2000. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=25877. Acesso em: 14 jul. 2019.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. Juiz das garantias: para acabar com o faz-de-conta-que-existe-igualdade-cognitiva. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 28, n. 330, p. 29-30, mai. 2020.

MACHADO, André Augusto Mendes Machado; LOPES, Mariângela Tomé. Novas perspectivas sobre a investigação criminal defensiva. In: VAZ, Denise Provasi *et al* (org.). **Eficiência e garantismo no processo penal**: Estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: LiberArs, 2017.

MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**: Parte General: actos procesales. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2015.

MALAN, Diogo. Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 213 - 238, 2016, p. 222. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.22>. Acesso em: 10 jul. 2020

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. São Paulo: Forense, 1965. v. I.

MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MASSENA, Caio Badaró. A prova testemunhal no processo penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 23-59, jun. 2019

MAYA, André Machado. O processo penal na sociedade de risco: a persecução penal no Brasil entre os ideais de liberdade e segurança. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n 73, p. 197-222, abr./jun. 2019.

MELCHIOR, Antônio Pedro; CARVALHO, Marco Aurélio de. Juiz de Garantias e Mentalidade Inquisitória. **Estadão**, São Paulo, 01 fev. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/juiz-de-garantias-e-mentalidade-inquisitoria/>. Acesso em: 07 fev. 2020.

MENDES, Carlos Hélder C. Furtado. **Tecnoinvestigação criminal: Entre a proteção de dados e a infiltração por software**. Salvador: JusPodivm, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Paulo de Sousa. **Lições de direito processual penal**. Coimbra: Almedina, 2017.

MISSE, Michel. O Papel do Inquérito Policial no Processo de Incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa. **Revista Sociedade e Estado**, Brasília, v. 26, n. 1, p. 15-27, jan./abr. 2011.

MONTOYA, Mario Daniel. El agente encubierto en la lucha contra el crimen organizado en la Argentina. **Ciencias Penales Contemporáneas: Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología**, Mendoza, v. 1, n. 2, p. 291-337, 2001, p. 295. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=39380. Acesso em: 29 jun. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Maurício Zanoide de. Decisão judicial e medidas cautelares pessoais: em busca de um modelo decisório ideal. *In: In: VAZ, Denise Provasi et al (org.).* **Eficiência e garantismo no processo penal: Estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes**. São Paulo: LiberArs, 2017.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). **As reformas do processo penal: As novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Prova proibida e valoraco de las grabaciones audiovisuales em el proceso penal. **Lusíada**, Lisboa, n. 4/5, p. 31-76, 2007. Disponível em: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/678/766>. Acesso em: 10 jul. 2020.

NIEVA FENOLL, Jordi. La protecco de derechos fundamentales en las diligencias policiales de investigaco del proceso penal. **La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario**, Madrid, v. 5, n. 50, p. 81-101, jun. 2008. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=68744. Acesso em: 2 jul. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado**. Lei 3.964/2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. <> legal al servicio de la investigaco criminal: nuevos instrumentos para la investigaco y prueba de la delincuencia informática. **Revista Aranzadi de derecho y proceso penal**, Navarra, v. 2, n. 26, p. 67-92, 2011, p. 68. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=95307. Acesso em: 23 jun. 2020.

PALMA, Maria Fernanda (coord.). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004.

PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigaco criminal: Uma introducco jurídico-científica**. Coimbra: Almedina, 2010.

PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (org.). **Criminalidade Organizada**. São Paulo: Almedina. 2017.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Augustín Jesús *et al.* **Derecho Procesal Penal**. 3. ed. Espanha: Thompson Reuters, 2014.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: Evolucco histórica e fontes legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983.

POLI, Camilin Marcie de. **O inquérito policial e sua utilizaco na fase processual penal: (des)conformidade com o devido processo legal**. 2015. Dissertaco (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduaco em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n 78, de 17 de fevereiro de 1987**. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/124532379/202007140558/73759627/diploma/indice>. Acesso em: 15 mai. 2020.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

PRADO, Geraldo. **Estudos jurídicos**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

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.

PUJADAS TORTOSA, Virgínia. **Para uma teoria general de las medidas cautelares penales**. 2007. Tesis doctoral, Universitat de Girona, *Departament de Dret Públic*, Girona, enero de 2007.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo** (O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no Processo Penal). São Paulo: Saraiva, 2003.

RAMALHO, David da Silva. **Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital**. Almedina: Coimbra, 2017.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

REALE JÚNIOR, Miguel. O juiz das garantias. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 10, n. 43, p. 100-113, out./dez. 2011.

REIS, Jordan Vilas Boas; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. Apontamentos sobre o juiz das garantias. **Revista Bonijuris**, Curitiba, v. 31, n. 656, p100-108, fev./mar. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=149212. Acesso em: 1 jul. 2020.

RIBOLI, Eduardo Bolsoni. Eu sei o que vocês fizeram no verão passado: o uso de software de espionagem como meio de obtenção de prova penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 91-139, jun. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151438. Acesso em: 2 jul. 2020.

ROCHA, Álvaro Oxley da. Direitos fundamentais na Constituição Brasileira. *In*: D'AVILA, Fabio Roberto *et al* (org.). **Direito penal e constituição**: Diálogos entre Brasil e Portugal. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.

ROXIN, Claus. **Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal**. Santa Fe: Rubinzal Culsoni, 2007.

ROXIN, Claus; SCHUNEMANN, Bernd. **Derecho Procesal Penal**. 29. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2019.

SANTIAGO NETO, José de Assis; GUIMARÃES, Leonardo Avelar. Ao mestre com carinho: como a obra de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho contribui para a

refundação do processo penal brasileiro. *In*: Organizadores: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (org.). **Mentalidade Inquisitória e processo penal no Brasil**: escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. v. 5.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. A necessidade de instauração de investigação prévia à medida de interceptação telefônica. *In*: **TEMAS atuais de polícia judiciária**. Organização de Bruno Taufner ZANOTTI, Cleopas Isaías SANTOS. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. 517 p., 23 cm. ISBN 978-85-442-1236-3. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=154269. Acesso em: 12 jul. 2020. p. 501-517.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. Curitiba: Lumen Juris, 2006

SANTORO, Antonio E. R.; TAVARES, Natália L. F.; GOMES, Jefferson C. O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 605-632, mai./ago. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.76>. Acesso em: 10 jul. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHUNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, Germano Marques. **Curso de processo penal**. São Paulo: Verbo, 2000. v. II.

SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas**: perspectivas e limites. 2015. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: [doi:10.11606/T.2.2015.tde-30112015-165420](https://doi.org/10.11606/T.2.2015.tde-30112015-165420). Acesso em: 10 jul. 2020.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. A inexistência de formalização dos atos investigatórios no Brasil. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 266, p. 10-11, jan. 2015.

SOUZA, David Tarciso Queiroz De. **A permeabilidade inquisitória do processo penal em relação aos atos de investigação preliminar**. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. Disponível em <http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/8548>. Acesso em: 10 jul. 2020.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: O Juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TEIXEIRA, António de Jesus. **Os limites do efeito-à-distância nas proibições de prova no processo penal português**. 1. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. I.

TOVO, Paulo Cláudio. Democratização do Inquérito Policial. *In*: TOVO, Paulo Cláudio (org.). **Estudos de Direito Processual Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. v. 2.

TUCCI, Rogério Cruz; TUCCI, Rogério Lauria. **Constituição de 1988 e processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). **II Congresso de processo penal, memórias**. Coimbra: Almedina, 2006.

VALENTE, Manuel M. G. Editorial dossiê “Investigação preliminar, meios ocultos e novas tecnologias”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 473-482, mai./ago. 2017. Disponível em: https://doi.org/10.22197/rbd_pp.v3i2.82. Acesso em: 02 jul. 2020.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Teoria geral do direito policial**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

VALENZUELA, ÁLVAREZ DANIEL. Algunos aspectos jurídicos del cifrado de comunicaciones. **Revista Derecho PUCP**, n. 83, pp. 241-262, diciembre-mayo, 2019.

VALLE, Vinícios Batista. **A devida fase investigativa constitucional e convencional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. As tendências de expansão da justiça criminal negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importando em convergência entre sistemas. **Revista de Estudos Criminas**, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 153-173, jan/mar, 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Imediação e oralidade no processo penal: proposta de nova compreensão sobre a importância do contato do julgador com as provas no juízo oral. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 18, n. 72, p. 171-194, 2019.

VELASCO NUÑEZ, Eloy. ADSL y troyanos: intervención de sus datos y telecomunicaciones en la investigación penal. **La ley penal**: revista de derecho

penal, procesal y penitenciario, Madrid, v. 8, n. 82, p. 18-25, mai. 2011. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=87008. Acesso em: 23 jun. 2020.

VILARES, Fernanda Regina. **A reserva de jurisdição no processo penal: Dos reflexos no inquérito parlamentar**. 2010. Dissertação (Mestrado em Tese Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

WEDY, Miguel. Eficiência, garantias e justiça no processo penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 52, p. 165-186, jan./mar. 2014.

WOLTER, Jurgem. **O inviolável e o intocável no direito processual penal: Reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal**. Org. Luis Greco. Trad. Alaor Leite e Eduardo Viana. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

WUNDERLICH, Alexandre Lima; CARVALHO, Salo de. Reformas legislativas e populismo punitivo: é possível controlar a sedução pelo poder penal? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 18, n. 214, p. 10-11, set. 2010.

ANEXO A – INFORMAÇÃO 287/2011

Processo 5037608-70.2015.4.04.0000/TRF4, Evento 1, OUT3, Página 1



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
 MJ - DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL
 DELEGACIA DE POLÍCIA FEDERAL EM LAGES

DPF/LGE/SC
 Fl: 29
 Rub: /

INFORMAÇÃO 287/2011

Lages, 19 de setembro de 2011.

Ao Senhor Delegado Rodrigo Muller.

Assunto: Entrevista com pacientes de Caçador-SC.

A fim de instruir os autos do Inquérito Policial nº 0286/2010-4, em cumprimento ao memorando n.º 0421/2011, informo a Vossa Senhoria que foram obtidas as seguintes entrevistas com pessoas que viajaram para outras cidades, a fim de realizar tratamentos e/ou exames médicos.

A maioria dos entrevistados informaram que foram transportados de Van ou carro pequeno da Prefeitura de Caçador - SC. Outros entrevistados disseram que viajaram com ônibus fretado pela Prefeitura do Caçador - SC.

Destaca-se o caso do Sr. PAULO HENRIQUE BRASIL que no ano de 2010 fez tratamento médico em Curitiba - PR, porém viajou com carro particular, afirmando que não utilizou o carro da Prefeitura de Caçador. Já o Sr. JAIR RODRIGUES RIBEIRO nunca fez tratamento fora de Caçador e muito menos viajou com o carro da Prefeitura de Caçador. E a Sra. CATARINA PEREGO PALOSCHI fez tratamento médico em Florianópolis - SC no ano de 2006 ou 2007, porém no ano de 2010 não fez nenhum tratamento fora de Caçador e também não utilizou o carro da Prefeitura de Caçador - SC.

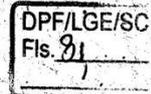
Segue em anexo as entrevistas com os pacientes de Caçador - SC.

Atenciosamente,

Alfredo Kenji Ito
 AGENTE DE POLÍCIA FEDERAL
 2ª Classe - Matrícula nº 15.389

ANEXO B – PESQUISA DO GRAU DE SATISFAÇÃO DO USUÁRIO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE DE CAÇADOR/SC

Processo 5037608-70.2015.4.04.0000/TRF4, Evento 1, OUT3, Página 3



PESQUISA DO GRAU DE SATISFAÇÃO DO USUÁRIO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE NO MUNICÍPIO DE CAÇADOR - SC

NOME: ANZÉRO GIOVANÉ DE OLIVEIRA

CPF: 542.773.619-00

RG: 266097-7

ENDEREÇO: RUA JOAQUIM RAIZEL DA CRUZ Nº 856

1) O Sr. (ª) já foi paciente do Sistema Único de Saúde?

SIM

2) Já fez Tratamento Fora do Domicílio – TFD? Para qual cidade foi encaminhado?

SIM, EM FLORINÓPOLIS (SC)

3) Qual o problema de saúde que foi tratar fora de Caçador?

ARTRITE, ARTROSE E ROMPIMENTO DOS LIGAMENTOS NO JOELHO

4) Que tipo de transporte que utilizou para fazer o tratamento fora do domicílio?

Carro da prefeitura ou ônibus de linha? Se foi veículo da prefeitura, lembra quem foi o motorista? Quando ocorreu o deslocamento?

VAN DA PREFEITURA EM TODAS AS VEZES, O MOTORISTA CHAMA-SE LEANDRO. DATA DA VIAGEM: 05/05/2010

5) Pagou alguma despesa no transporte?

NÃO. PAGO. NADA.

6) Levou acompanhante? Qual o nome e endereço da pessoa que acompanhou?

NÃO

7) De maneira geral como o Sr. (ª) classifica o atendimento que teve no tratamento fora do domicílio?

MUITO BOM

8) Na sua visão o que você acha que deve melhorar no atendimento do SUS em Caçador?

A CIDADE DE CAÇADOR NÃO CONSEGUE VENCER A DEMANDA DE PACIENTES

Assinatura do usuário

Assinatura do pesquisador

Aurósilde M. Mineiro

Testemunha

AURÓSILDE MIRELCS MINEIRO

ANEXO C – MEMORANDO Nº 0421/2011

Processo 5037608-70.2015.4.04.0000/TRF4, Evento 1, OUT5, Página 1



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
MJ - DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL
DELEGACIA DE POLÍCIA FEDERAL EM LAGES

DPF/LGE/SC
Fl: 34
Rub: 1

Memorando nº 0421/2011 - IPL 0286/2010-4 - DPF/LGE/SC

Em 24 de agosto de 2011.

Ao Chefe
SO/DPF/LGE/SC.

Assunto: Solicitação de Diligência.

A fim de instruir os autos do Inquérito Policial nº 0286/2010-4-DPF/LGE/SC, solicito a Vossa Senhoria a realização de entrevistas (gravada em suporte de áudio/vídeo), por amostragem, com os pacientes indicados no Relatório de Análise (cópia anexa), questionando-os, especialmente, se a viagem para o tratamento em questão restou realizada em veículo da Prefeitura ou ônibus.

Atenciosamente,

RODRIGO SILVA MULLER
Delegado de Polícia Federal

IPL Nº 0286/2010

ANEXO D – HABEAS CORPUS Nº 5037608-70.2015.4.04.0000

Processo 5037608-70.2015.4.04.0000/TRF4, Evento 19, VOTO2, Página 1

HABEAS CORPUS Nº 5037608-70.2015.4.04.0000/SC
RELATOR : **JOÃO PEDRO GEBRAN NETO**
PACIENTE/IMPETRANTE : **MARCILIO ADOLFO KREISS**
 : **RUI CARAMORI**
ADVOGADO : **ALEXANDRE LIMA WUNDERLICH**
 : **CAMILE ELTZ DE LIMA**
 : **MARCELO AZAMBUJA ARAUJO**
 : **RENATA MACHADO SARAIVA**
IMPETRADO : **Juízo Federal da 1ª VF de Caçador**
MPF : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

VOTO**1. Admissibilidade do habeas corpus**

O remédio heróico destina-se a corrigir eventual ilegalidade praticada no curso do processo, mas sempre - e em especial - quando houver risco ao direito de ir e vir do investigado ou réu.

Ou seja, *'as questões relativas à produção de prova são, em regra, afetas ao Juízo de primeiro grau, sendo que eventual alegação de cerceamento de defesa deve ser arguida em preliminar de apelo, à vista da sentença'* (HC Nº 0000537-56.2014.404.0000, 7ª TURMA, Juiz Federal JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR, V.U., PUBL. 13/06/2014). A Jurisprudência dominante, com destaque para o Supremo Tribunal Federal, indica que, mesmo nos casos de nulidade absoluta, não se há de reconhecê-la quando não comprovado o prejuízo efetivo:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL PELO CERCEAMENTO DE DEFESA. ORDEM DENEGADA. 1. Ausência de demonstração de prejuízo concreto para o Paciente pela ausência de oitiva de testemunha por ele arrolada. 2. Sem a demonstração de prejuízo, em atenção ao princípio do pas de nullité sans grief, corolário da natureza instrumental do processo, não se decreta nulidade no processo penal. Precedentes. 3. Ordem denegada. (HC 110647, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 25/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-058 DIVULG 24-03-2014 PUBLIC 25-03-2014).

Deve ficar claro, além disso, que, regra geral, eventual discussão a respeito de quaisquer vícios materiais e formais da prova ou do trâmite processual tem lugar no curso da própria ação penal ou mesmo em sede recursal.

Não está em pauta, pois, o cerceamento da liberdade do paciente, tampouco o risco de que isto venha a ocorrer. De igual modo não é caso de trancamento da ação penal por ausência de requisito próprio, mostrando-se questionável o uso do writ com a finalidade buscada na inicial. Tal entendimento, refira-se, já foi reafirmado pela 8ª Turma, como se extrai do julgado que segue:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO. DESCABIMENTO. 1. A impetração de habeas corpus destina-se a corrigir eventual ilegalidade praticada no curso do processo, sobretudo quando houver risco ao direito de ir e vir do investigado ou réu. Significa dizer que o seu manejo, a fim de discutir questões processuais, deve ser resguardado para situações excepcionais, quando houver flagrante ilegalidade e que afete sobremaneira a ampla defesa. 2. Eventual discussão a respeito de quaisquer vícios materiais e formais da prova poderá ter lugar no curso da própria ação penal ou mesmo em sede recursal, não restando demonstrado flagrante constrangimento ilegal capaz de provocar a suspensão dos atos processuais. 3. Não conhecida da impetração da ordem de habeas corpus e julgado prejudicado o pedido liminar. (HC nº 5030376-41.2014.404.0000, 8ª TURMA, minha relatoria, por unanimidade, juntado em 22/01/2015).

Assim colocadas tais premissas em juízo de admissibilidade, todavia, há que se verificar, se a decisão de primeiro grau revela alguma ilegalidade latente, capaz de autorizar a intervenção prematura do juízo recursal na instrução.

E, nesse cotejo, deve-se ter presente o princípio da proporcionalidade, seja no que diz respeito ao amplo contraditório, seja no que pertine à utilidade da própria ação penal, de modo a evitar nulidades desnecessárias. Nesse passo, de forma excepcional, tenho como cabível a presente impetração, até mesmo porque o cerne da discussão diz respeito exclusivamente à legalidade do depoimento de 'corrêus'. Um deles colaborador e, o outro, réu em outra ação penal (5025695-77.2014.4.04.7000/PR) relacionada à 'Operação Lava-Jato'.

Não se há de falar, na hipótese, em incursão aprofundada no material probatório, de modo que reputo pertinente e até mesmo aconselhável a questão trazida ao juízo recursal. Vale anotar, inclusive, na hipótese de não cabimento do *habeas corpus*, havendo flagrante ilegalidade, estaria o órgão recursal autorizado a conhecer da matéria e conceder a ordem de ofício.

Dessa forma e considerando que a ilegalidade da prova confunde-se com o mérito da impetração, impõe-se, em caráter excepcional, a solução da controvérsia para garantir a regular tramitação do feito.

2. Do mérito do *habeas corpus*

Os impetrantes postulam, por meio deste *habeas corpus*, a exclusão de prova reputada ilícita, bem como a declaração de inépcia da denúncia em relação ao crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93, no âmbito da Ação Penal nº 5001074-62.2014.404.7211/SC. Ao analisar o pedido liminar, proferi decisão com o seguinte teor:

2. Inépcia parcial da denúncia

Inicialmente, não vejo como inepta a denúncia, como afirmam os impetrantes. Embora sucinta a descrição do fato típico, da leitura da peça inicial se depreende claramente a imputação aos denunciados da prática do crime do artigo 89 da lei de Licitações. Isso se conclui pela análise integral da peça acusatória, que antes de indicar especificamente o crime da lei de licitações, relata pormenorizadamente a ligação entre os denunciados,

indicando a relação entre eles e a prática dos delitos.

Assim, a defesa dos réus não foi afetada, pois é clara a imputação de que teriam concorrido para o crime na medida em que o serviço oferecido pela empresa da qual eram sócios não se enquadra na hipótese de inexigibilidade de licitação, nos termos do artigo 25 da Lei nº 8.666/93.

Ainda que eventualmente seja concedida a ordem para excluir a prova reputada como ilícita, a continuidade do processo passará necessariamente pela reavaliação dos juízo de primeiro grau, a quem caberá aferir os reflexos da decisão do Tribunal.

3. Obtenção de prova ilícita

De outro lado, quanto ao segundo ponto, da análise dos autos verifica-se, ao menos em juízo de cognição sumária, ser plausível a alegação dos impetrantes no sentido de que a prova decorrente dos formulários de pesquisa de satisfação foi obtida de forma, no mínimo, pouco usual.

Explico. Nos autos do inquérito policial nº 0001013-34.2010.4.04.7211, que deu origem à ação penal proposta contra os réus e outros investigados, imputando-lhes a prática dos crimes dos artigos 89, da Lei nº 8.666/93 e 312, § 1º, do Código Penal, foi sugerido pelos agentes policiais que a Autoridade Policial determinasse a realização de diligências junto aos pacientes que constavam nas listas das supostas viagens para tratamento médico ocorridas em duplicidade - objeto das investigações em curso (ev. 1, OUT 4).

Diante disso, a Autoridade Policial expediu o Memorando nº 0421/2011, determinando que fossem realizadas entrevistas, por amostragem, '... com os pacientes indicados no Relatório de Análise (cópia anexa), questionando-os, especialmente se a viagem para o tratamento em questão restou realizada em veículo da Prefeitura ou ônibus'. (ev. 1, OUT5).

Em decorrência, sobreveio aos autos a informação 287/2011, onde o agente da polícia federal informa que as entrevistas foram realizadas, juntando 18 formulários denominados 'PESQUISA DE SATISFAÇÃO (sic) DO USUÁRIO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE NO MUNICÍPIO DE CAÇADOR - SC' (ev. 1, OUT 3).

Pois bem. Tais formulários foram preenchidos em folha com o brasão da República, mas sem qualquer identificação do órgão expedidor (no caso, a Polícia Federal). Tampouco há identificação do 'entrevistador', que não assinou como policial. Sequer seu nome foi indicado no 'documento'. Não há, assim, nada que identifique a suposta entrevista com as investigações realizadas pela Polícia Federal.

Não obstante, as pessoas foram questionadas sobre a forma pela qual haviam sido transportadas para realização de tratamento médico - justamente o objeto das investigações pela suposta ocorrência de crime por parte dos acusados.

Assim, ao que parece, plausível a tese de produção, em inquérito policial, de prova inválida, pois os entrevistados teriam sido induzidos em erro, pensando tratar-se de entrevista relacionada à prestação do serviço médico do SUS, e não sobre a forma como foram transportados, tampouco com a finalidade de instruir inquérito policial.

Sobre o tema os impetrantes trouxeram à colação parecer da lavra do Professor de Direito Processual Penal, MARCOS EBERHARDT, da PUC do Rio Grande do Sul, que consignou:

'3. Obviamente que a liberdade probatória também alcança aos procedimentos de investigação preliminar, permitindo-se que a Autoridade Policial possa determinar diligências além daquelas previstas em lei, sendo o próprio art. 6º, III, do Código de Processo Penal, um indicativo desta abertura (colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias).

4. Apesar desta liberdade, o sistema encontra limites, sendo o primeiro aquele

informando pela proibição de provas obtidas por meios ilícitos (mandamento constitucional e infraconstitucional). Mas não é só. A liberdade probatória também sofre restrições éticas já que é vedada a obtenção de provas que atentem contra a dignidade da pessoa humana, como, por exemplo, interrogatórios fatigantes, penosos e exaustivos. (...)

5. Evidente que tais disposições alcançam todos os meios de prova, principalmente a prova testemunhal, e com ela se coadunam-se, logicamente. Qualquer técnica ilícita na tomada da prova a torna incapaz de gerar efeitos probatórios, não podendo, portanto, estar endereçada a formar a opinio delicti e o livre convencimento.

6. Os atos investigativos, portanto, apesar do relacionamento conturbado do inquérito policial com caros princípios constitucionais - como a ampla defesa e o contraditório - devem estar adstritos à legalidade. É de se dizer que qualquer ato procedimental no curso da investigação preliminar deve seguir, no que for aplicável, as determinações legais que respeitam aos meios de prova. O interrogatório, por exemplo, apesar de não exigir a presença do advogado, jamais poderá ser precedido de tortura. A testemunha ouvida pela Autoridade Policial deverá ser informada quanto ao objetivo do ato e declarar seu do consentimento em ser entrevistada. O termo é assinado por quem concorda em prestar depoimento ou esclarecimentos sobre aquele determinado fato e sabe estar diante de Autoridade Policial.

7. A possível discricionariedade policial acerca dos atos de investigação está sobscrita à escolha das diligências que irão compor o caderno policial e não dispensa o respeito aos ritos procedimentais e às garantias insculpidas na Constituição Federal, até mesmo porque o livre convencimento pode decorrer das informações colhidas durante o inquérito policial, conforme inúmeros precedentes do STF (...). A inclusão do vocábulo 'exclusivamente' no art. 155, caput, do CPP permitiu o uso de provas produzidas ao largo do contraditório e da fase judicial para embasar o decreto condenatório.'

(fls. 07-08 do parecer.)

Tal conclusão em juízo preliminar, não impede que, após as informações da autoridade coatora e a manifestação do órgão ministerial, sejam trazidos aos autos elementos de convicção em sentido contrário.

De outra banda, não havendo que se falar em vício no inquérito policial, mas apenas dos elementos de convicção colhidos ao arrepio da lei, não há que se falar em nulidade do caderno investigatório, tampouco da ação penal que lhe sucedeu, mas apenas de exclusão de eventual prova ilícita e daquela(s) que dela decorreu(ram) com exclusividade. Nesse passo, sopesando que a suspensão liminar do processo é medida excepcional, que é célere o rito do habeas corpus, bem o como o risco de eventual contaminação da ação penal com a prova obtida de modo ilícito, mostra-se pertinente a interrupção da tramitação processual na origem, sobretudo para resguardar a utilidade da instrução.

Ante o exposto, defiro o pedido liminar, para que seja suspenso o trâmite da ação penal nº 50010746220144047211, até julgamento final do presente writ.

2.1. Da ilicitude da prova

O segundo ponto da impetração diz respeito à licitude da prova obtida no Inquérito Policial, em especial as entrevistas realizadas com os usuários do sistema de transporte oferecido pelo município para realização de tratamento de saúde, sendo claro que justamente a forma como realizado o transporte é o objeto da ação penal contra os

pacientes.

Pois bem. Como já antecipei na decisão que deferiu o pedido liminar, os indícios trazidos na impetração foram suficientes para gerar dúvidas acerca da legalidade da prova relativa às entrevistas com os pacientes usuários do sistema de transporte oferecido pelo município para realização de tratamento médico em outras localidades.

Nas informações prestadas pela autoridade impetrada (ev. 10), o magistrado encaminhou a esta Corte a resposta da Polícia Federal ao pedido de detalhamento acerca da forma de obtenção da prova, que tem o seguinte teor:

'A fim de responder à demanda judicial da 1ª Vara Federal de Caçador/SC, no interesse do IPL Nº 0001013-34.2010.4.04.7211, informo abaixo os quesitos solicitados:

*a) Local das entrevistas: estas foram **realizadas nas residências dos usuários do Sistema Único de Saúde - SUS;***

b) Testemunhas que apuseram as assinaturas nos formulários: pessoas que estavam presentes na hora e local da entrevista, prováveis parentes dos usuários;

*c) Quem fazia o preenchimento dos formulários: **o entrevistador, que no caso eram os Agentes da Polícia Federal;***

*d) Identificação dos entrevistadores: **os entrevistadores apresentaram-se simplesmente como 'Servidor Público Federal'.***

Acrescenta-se também que o levantamento de informações junto aos usuários do SUS foi realizado por meio de entrevistas via questionário escrito, com perguntas padronizadas e claras, a fim de evitar respostas induzidas ou falhas de interpretação.' (grifei)

Devidamente esclarecidas as dúvidas, vê-se que: as entrevistas com os usuários do transporte para tratamento de saúde foram realizadas por agentes da Polícia Federal, que não se identificaram como tal, apenas como servidores públicos, e que foram até a residência dos 'entrevistados' para obtenção das informações sem, sequer, fazer menção à investigação em andamento, dando a impressão de que a 'entrevista' tinha relação com a qualidade do atendimento do SUS no município, e não com a possível prática de ilegalidades na prestação do serviço de transporte de pacientes do SUS.

Malgrado as manifestações no sentido de que o Inquérito Policial é peça meramente informativa, sendo que os elementos obtidos podem ser confirmados na Ação Penal, onde serão submetidos ao contraditório - o que de fato é verdadeiro -, penso que isso não isenta o Estado investigador de agir com ética na colheita de elementos que servirão de prova para apuração da prática de crimes.

Com efeito, ainda que os indícios colhidos na fase inquisitorial não sirvam como prova única para eventual condenação, nos termos do que dispõe o art. 155, do Código de Processo Penal - justamente porque produzidos sem o contraditório, necessário para garantia da mais ampla defesa aos acusados -, os elementos informativos do

Inquérito somam-se às provas produzidas na ação penal e servem como fundamento para eventual condenação.

Vale dizer: a prova colhida no inquérito influencia diretamente na formação da culpa do investigado, ainda que não sirva como prova única.

Nessa linha de raciocínio, não pode ser admitida prova produzida de forma dissimulada, ainda mais quando parte do Estado a iniciativa da colheita dessa prova.

Salvo melhor juízo, é o que se verifica na espécie.

A fim de levantar dados para esclarecimentos sobre a possível prática de crimes por parte dos acusados, vinculados à Prefeitura de Caçador/SC, suspeitos de disponibilizarem valores à empresa de ônibus por serviços de transporte que não teriam sido efetivamente prestados, os policiais optaram por fazer 'entrevistas' na casa dos pacientes/usuários.

Além da prática, no mínimo pouco usual, de entrevistas na residência das pessoas, os agentes não se identificaram como policiais, e nem mesmo informaram qual o objetivo dos questionamentos. Ao contrário, pediram para que os 'entrevistados' preenchessem um questionário intitulado 'PESQUISA DO GRAU DE SATISFAÇÃO DO USUÁRIO DO SUS NO MUNICÍPIO DE CAÇADOR-SC', o qual continha, dentre outras, perguntas sobre a forma de transporte desses usuários para tratamento de saúde.

Ora, parece claro que as pessoas que preencheram o formulário são, na verdade, testemunhas e deveriam ter sido intimadas para prestar depoimento formal na delegacia de polícia, com conhecimento sobre os fatos e os possíveis envolvidos e o objetivo da investigação. Note-se que os depoimentos prestados foram considerados pela Autoridade Policial como 'prova da materialidade' do crime atribuído aos pacientes.

Assim, parece claro o vício nas declarações prestadas, as quais, na verdade, são depoimentos de testemunhas colhidos sem cumprimento da forma necessária.

Dessa forma, constatada a ilicitude da prova consubstanciada nos documentos denominados 'PESQUISA DO GRAU DE SATISFAÇÃO DO USUÁRIO DO SISTEMA SUS NO MUNICÍPIO DE CAÇADOR-SC', deverá essa prova ser retirada dos autos, bem como todas as provas que dela decorram exclusivamente, cabendo ao juízo singular a análise da viabilidade do prosseguimento da ação penal.

2.2. Do trancamento da ação penal

No tocante ao pleito de trancamento da ação penal em relação à imputação da prática do crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93, mantenho o entendimento de que não é inepta a denúncia, não merecendo guarida a tese da defesa. Note-se que a jurisprudência desta Corte posiciona-se no sentido de reconhecer, porém apenas em caráter excepcional, a possibilidade de trancamento do inquérito policial ou da ação penal, por meio da

impetração de *habeas corpus*, sem necessidade de realização de instrução probatória.

Tal possibilidade ocorre quando houver a demonstração, de plano, da ausência de justa causa para o inquérito ou para a ação penal, consubstanciada na inexistência de elementos indiciários capazes de demonstrar a autoria e a materialidade do delito, a atipicidade da conduta e a presença de alguma causa excludente da punibilidade ou, ainda, nos casos de inépcia da denúncia. Nesse sentido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO. CRIME ELEITORAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS HÁBEIS A AFASTAR, DESDE LOGO, A RESPONSABILIDADE PENAL. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DE FATOS E PROVAS NA VIA DO HABEAS CORPUS. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. ORDEM DENEGADA.

1. *A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a extinção de inquéritos e ações penais de forma prematura, via habeas corpus, somente se dá em hipóteses excepcionais, quando patentemente demonstrada (a) a atipicidade da conduta; (b) a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas; ou (c) a presença de causa extintiva da punibilidade. Precedentes. No caso, não se constata nenhuma das hipóteses que justificariam o trancamento excepcional do procedimento investigativo.*

2. *Pelo menos na via estreita do habeas corpus, os fatos objeto de investigação possuem relevância jurídica para o âmbito penal, razão pela qual se torna ilegítimo suprimir, desde logo, as funções institucionais dos órgãos competentes pela investigação criminal. Ademais, o deslinde das diversas questões aqui suscitadas demandaria, necessariamente, o revolvimento de fatos e provas, o que é inviável em sede de habeas corpus.*

3. *A simples notícia criminis não caracteriza, por si só, constrangimento ilegal ao direito de locomoção do paciente, sanável via habeas corpus, especialmente quando não há qualquer informação de que o paciente esteja na iminência de ser preso. Precedentes.*

4. *Ordem denegada.*

(STF, HC 119172, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 01/04/2014)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL (ARTIGO 54, § 3.º, DA LEI 9.605/98). TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NO ÂMBITO DO HABEAS CORPUS. ILEGALIDADE NÃO CARACTERIZADA.

1. *O trancamento de inquérito policial ou de ação penal em sede de habeas corpus é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.*

2. *No caso dos autos, para aferir se os recorrentes teriam agido de acordo com as Normas e Procedimentos da Capitania Fluvial do Pantanal em relação ao procedimento de transbordo de combustível seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, providência vedada na via eleita.*

3. *O procedimento administrativo é justamente o meio pelo qual as autoridades com atribuição para investigar condutas delituosas tem à disposição para a colheita dos elementos de informação necessários à judicialização da responsabilização criminal, razão pela qual apenas em hipóteses excepcionais a atividade investigativa deve ser*

interrompida, quando evidenciado manifesto abuso de poder, o que evidentemente não ocorre na hipótese.

4. Recurso desprovido.

(STJ, RHC 43.659/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 04/12/2014)

Não é o que se verifica no presente caso, onde a narração da denúncia é suficiente para vincular os pacientes à suposta conduta ilícita, possibilitando o exercício da ampla defesa.

Ademais, como já consignado anteriormente, não cabe nos estreitos limites do *habeas corpus* fazer a aferição de toda a prova indicada na denúncia a fim de concluir acerca das nulidades derivadas e aquelas provas independentes. Tal mister é tarefa típica e originária do juízo de primeiro grau que conduz o processo.

Ante o exposto, voto por conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus*, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargador Federal JOÃO PEDRO GEBRAN NETO
Relator

Documento eletrônico assinado por **Desembargador Federal JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **7970963v6** e, se solicitado, do código CRC **A6A5883D**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): João Pedro Gebran Neto

Data e Hora: 19/11/2015 19:09

HABEAS CORPUS Nº 5037608-70.2015.4.04.0000/SC
RELATOR : JOÃO PEDRO GEBRAN NETO
PACIENTE/IMPETRANTE : MARCILIO ADOLFO KREISS
: RUI CARAMORI
ADVOGADO : ALEXANDRE LIMA WUNDERLICH
: CAMILE ELTZ DE LIMA
: MARCELO AZAMBUJA ARAUJO
: RENATA MACHADO SARAIVA
IMPETRADO : Juízo Federal da 1ª VF de Caçador
MPF : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. VÍCIO NOS DEPOIMENTOS DE TESTEMUNHAS NO INQUÉRITO POLICIAL. OCORRÊNCIA. ILICITUDE DA PROVA. CONFIGURAÇÃO.

1. A impetração de habeas corpus destina-se a corrigir eventual ilegalidade praticada no curso do processo, sobretudo quando houver risco ao direito de ir e vir do investigado ou réu. Significa dizer que o seu manejo, a fim de discutir questões processuais, deve ser resguardado para situações excepcionais, quando houver flagrante ilegalidade e que afete sobremaneira a ampla defesa.

2. Eventual discussão a respeito de vícios materiais e formais da prova poderá ter lugar no curso da própria ação penal ou mesmo em sede recursal, não restando demonstrado flagrante constrangimento ilegal capaz de provocar a suspensão dos atos processuais.

3. O juízo de admissibilidade do habeas corpus para tratar de matérias outras não relacionadas ao direito de ir e vir, deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, a fim de evitar o comprometimento da ampla defesa e da utilidade da própria ação penal. Hipótese excepcional de intervenção recursal.

4. Apenas em caráter excepcional é possível o trancamento do inquérito policial ou da ação penal por meio da impetração de *habeas corpus*, sendo necessária, para tanto, a demonstração, de plano, da ausência de justa causa para o inquérito ou para a ação penal, consubstanciada na inexistência de elementos indiciários capazes de demonstrar a autoria e a materialidade do delito, a atipicidade da conduta e a presença de alguma causa excludente da punibilidade ou, ainda, nos casos de inépcia da denúncia.

5. Da leitura da peça inicial se depreende claramente a imputação aos denunciados da prática do crime do artigo 89 da lei de Licitações, sendo possível a defesa dos denunciados, não se falando em inépcia da denúncia.

6. Produção, em inquérito policial, de prova inválida, pois os entrevistados foram induzidos em erro, pensando tratar-se de entrevista relacionada à prestação do

serviço médico do SUS, e não sobre a forma como foram transportados, tampouco com a finalidade de instruir inquérito policial.

7. Embora o Inquérito Policial seja peça meramente informativa, possibilitando que os elementos obtidos sejam confirmados na instrução da Ação Penal, submetidos ao contraditório, isso não isenta o Estado investigador a agir com ética na colheita de elementos que servirão de prova para apuração da prática de crimes.

8. Reconhecida a ilicitude da prova colhida no inquérito policial, deverá ser retirada dos autos, bem como todas as que dela decorram exclusivamente, cabendo ao juízo singular a análise da nulidade derivada e a viabilidade do prosseguimento da ação penal.

9. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 18 de novembro de 2015.

Desembargador Federal JOÃO PEDRO GEBRAN NETO
Relator

Documento eletrônico assinado por **Desembargador Federal JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **7970964v7** e, se solicitado, do código CRC **4D5CE7**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): João Pedro Gebran Neto
Data e Hora: 19/11/2015 19:09
