

CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE O REGIME PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A REGRA DE EXCLUSÃO, A PROVA TESTEMUNHAL E OS DESAFIOS DA PROVA DIGITAL

Delmiro Ximenes de Farias¹

RESUMO: Este artigo analisa criticamente o regime probatório no processo penal brasileiro, centrando-se na tensão entre a eficiência da persecução penal e a proteção dos direitos fundamentais. A investigação aborda a rigidez da regra de exclusão de provas ilícitas no Brasil, contrastando-a com as exceções da jurisprudência norte-americana e defendendo sua manutenção como salvaguarda do Estado de Direito contra abusos estatais. Paralelamente, discute a fragilidade da prova testemunhal sob a ótica da psicologia do testemunho, sugerindo a adoção de "estândares de prova" objetivos para mitigar o subjetivismo judicial e o risco de falsas memórias. Por fim, o estudo examina os desafios impostos pelas novas tecnologias, destacando a ilegalidade do espelhamento de comunicações digitais sem base legal específica e a importância do rigoroso cumprimento da cadeia de custódia para garantir a fiabilidade da prova no cenário tecnológico atual.

Palavras-chave: Processo Penal. Provas Ilícitas. Prova Testemunhal. Estândares de Prova. Prova Digital.

ABSTRACT: This article critically analyzes the evidentiary regime in the Brazilian criminal process, focusing on the tension between the efficiency of criminal prosecution and the protection of fundamental rights. The investigation addresses the rigidity of the exclusionary rule for illicit evidence in Brazil, contrasting it with exceptions from North American jurisprudence and defending its maintenance as a safeguard of the Rule of Law against state abuses. Simultaneously, it discusses the fragility of testimonial evidence through the lens of the psychology of testimony, suggesting the adoption of objective "standards of proof" to mitigate judicial subjectivism and the risk of false memories. Finally, the study examines challenges posed by new technologies, highlighting the illegality of mirroring digital communications without a specific legal basis and the importance of strict compliance with the chain of custody to ensure evidence reliability in the current technological landscape.

Keywords: Criminal Procedure. Illicit Evidence. Testimonial Evidence. Standards of Proof. Digital Evidence.

¹Doutorando e mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

INTRODUÇÃO

O Direito Processual Penal moderno se depara com a complexa tarefa de conciliar a eficácia da persecução penal com a imperiosa proteção dos direitos fundamentais do indivíduo. No cerne desse desafio encontra-se o regime probatório, elemento crucial para a legitimação e a racionalidade da decisão judicial. A prova, em sua essência, não apenas fundamenta o juízo de mérito, mas também reflete o compromisso do Estado com o devido processo legal e o sistema democrático.

Este artigo se propõe a analisar criticamente controvérsias que permeiam a produção, a admissão e a valoração da prova no processo penal. A investigação se estrutura em três eixos temáticos fundamentais.

Discute-se a rigidez da regra de exclusão constitucionalmente prevista no Brasil, contrastando-a com o crescente número de exceções desenvolvidas pela jurisprudência norte-americana, como as teorias da fonte independente, da descoberta inevitável (ou fonte hipotética independente) e da mancha purgada (ou conexão atenuada).

Aborda-se também a fragilidade inerente à prova testemunhal a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho, detalhando os desafios nos processos de percepção, armazenamento e transmissão da memória e o risco de criação de falsas memórias. Em seguida, o estudo aprofunda a discussão sobre a valoração racional da prova, defendendo a necessidade de adoção de "estándares de prova" (Jordi Ferrer Beltrán) como critério objetivo para a condenação, mitigando a discricionariedade judicial e a insegurança jurídica decorrentes do sistema do livre convencimento motivado.

Examina-se o impacto da evolução tecnológica no regime probatório, com destaque para a ausência de legislação específica para a obtenção de dados em comunicações digitais (como o espelhamento de WhatsApp). Além disso, analisa-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a ilegalidade de tais práticas. Complementarmente, são explorados o regime da cadeia de custódia (Lei nº 13.964/2019) e as consequências jurídicas de sua violação, além de uma análise comparada com o modelo alemão sobre os critérios materiais e formais para a interferência estatal em dados pessoais para fins de segurança pública e persecução penal.

Em última análise, o presente artigo visa contribuir para a reflexão sobre a construção de um processo penal que, ao mesmo tempo que busca a verdade dos fatos, garanta a integridade dos direitos fundamentais, estabelecendo balizas mais claras e racionais para a atividade probatória em um cenário de rápidas transformações sociais e tecnológicas.

I CRÍTICAS À EXCEPCIONALIZAÇÃO DA REGRA DE EXCLUSÃO DAS PROVAS ILÍCITAS

O conceito de prova ilícita, conforme o art. 157, caput, do Código de Processo Penal (CPP), abrange aquelas provas "obtidas em violação a normas constitucionais ou legais". A consequência processual para a produção de provas ilícitas é a sua exclusão dos autos, conhecida como "regra de exclusão", prevista no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. Essa norma se apresenta, à primeira vista, como uma norma-regra, ou seja, de aplicação direta e sem margem para ponderações, dado seu caráter prescritivo. Contudo, o próprio art. 157 do CPP, em seus parágrafos, estabelece o que Robert Alexy (2015, p. 92) classificaria como cláusulas de exceção, ressaltando a inadmissibilidade da prova ilícita em certas circunstâncias.

A regra de exclusão da prova ilícita, que visa impedir que os esforços ilegais de agentes estatais gerem frutos processuais (efeito dissuasório reforçado), tem suas raízes em decisões da Suprema Corte norte-americana. Um exemplo notável é o caso *Boyd v. United States* (1886). O fundamento central dessa regra é a necessidade de que a prova obtida ilicitamente seja retirada do processo, complementando as sanções aplicadas ao agente (REBOUÇAS, 2021, p. 3-4).

A finalidade é impedir que o Estado, por meio de seus agentes, pratique atos ilícitos e obtenha vantagens com eles, violando direitos civis. Em outras palavras, a busca pela efetivação da lei penal (os fins) não pode justificar a produção de provas obtidas ilegalmente (os meios). A proibição da prova ilícita e a regra de exclusão têm como objetivo proteger os direitos fundamentais, incentivando os agentes estatais a agirem em conformidade com o ordenamento jurídico.

Conforme Teresa Armenta Deu (2014, p. 170) adverte, o próprio local de origem da regra de exclusão tem gerado um número crescente de exceções. A Suprema Corte norte-americana, em diversos julgamentos desde 1886, estabeleceu exceções à regra de exclusão da prova ilícita. Algumas dessas exceções serão mencionadas a seguir, baseadas no texto do professor Sérgio Rebouças (2021, p. 5).

Duas exceções à regra da exclusão de provas ilícitas são notórias. A primeira reside na limitação do poder estatal: a prova ilícita obtida por um particular não é considerada nula (*Burdeau v. McDowell*, 1921). A segunda é a exceção da boa-fé ou do erro honesto, que permite a validade da prova obtida por um agente estatal quando, no momento da coleta, não havia

indícios de ilicitude, mesmo que isso seja descoberto posteriormente (*Maryland v. Garrison*, 1987).

Contudo, no Brasil, o cenário é diferente. Sérgio Rebouças (2021, p. 9) argumenta que, devido à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, até mesmo provas ilícitas produzidas por particulares seriam excluídas. Adicionalmente, a jurisprudência brasileira não acolhe a exceção da boa-fé.

Além das exceções previstas nos parágrafos primeiro e segundo do art. 157 do Código de Processo Penal brasileiro, a teoria dos frutos da árvore envenenada, estabelecida no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920), determina a ilicitude da prova derivada de uma prova originalmente ilícita, o que implica sua exclusão do processo.

A primeira exceção à exclusão da prova derivada de uma ilícita é a da fonte independente, que estabelece que a prova derivada não será excluída se já tiver sido obtida por meios lícitos. Outra exceção é a da fonte hipotética independente ou descoberta inevitável. Por esta regra, a prova derivada não é excluída do processo se, através de uma investigação regular já em curso, ela seria colhida de qualquer maneira, mesmo que a descoberta inicial tenha ocorrido a partir de uma prova ilícita. Essa última exceção foi inaugurada pela decisão no caso *Nyx v Williams II*, de 1984. Nesse caso, o corpo de uma criança desaparecida foi encontrado após uma confissão ilícita do autor do homicídio. No entanto, a decisão judicial considerou que o corpo teria sido encontrado de forma inevitável pelos grupos de busca que já estavam atuando.

4

A redação do art. 157, § 2º, do Código de Processo Penal confere uma ampla margem para a interpretação dessa exceção. Isso ocorre porque o texto legal admite a convalidação de ilicitudes com base em cenários hipotéticos, cuja ocorrência é incerta. Jessica Forbes (1987, p. 1232) ilustra bem a dificuldade: uma busca e apreensão realizada ilegalmente pela polícia antes da emissão do mandado judicial teria suas provas mantidas caso o mandado fosse expedido posteriormente? Fica evidente, portanto, a necessidade de estabelecer critérios mais concretos para essa exceção.

A exceção da mancha purgada, ou da conexão atenuada, representa uma terceira possibilidade de admissão de provas derivadas de uma fonte ilícita original. Embora exista um nexo de causalidade entre a prova ilícita inicial e a prova derivada, essa conexão é considerada tão remota ou atenuada pelo contexto probatório geral que a exclusão da prova derivada não se justifica.

Essa exceção foi estabelecida pelo caso *Wong Sun v. United States* (1963). Nesse caso, as provas iniciais contra Wong Sun foram obtidas ilegalmente. Contudo, após ter sido preso e posteriormente liberado, ele fez uma confissão espontânea. Decidiu-se então que, embora todas as outras provas derivadas da ilegalidade inicial deversem ser excluídas, sua confissão posterior seria admissível, pois, apesar da relação causal, o ato de confissão foi considerado "purgado" da mácula da ilicitude original.

Conforme Sérgio Rebouças (2021, p. 7), o principal fundamento para as exceções à regra de exclusão reside na tensão entre dois interesses. De um lado, há o dever do Estado de aplicar a lei penal e, de outro, há o propósito de desestimular a atuação ilegal dos agentes estatais. O autor argumenta que essa tensão, por vezes, acarreta um alto custo social, pois a não utilização da prova ilícita impede a efetivação da justiça penal.

Segundo Jefferson Ingram (2021, § 16.3), a legislação norte-americana estabelece uma regra para o cumprimento de mandados de busca e apreensão no domicílio do acusado: a polícia deve bater na porta, anunciar sua presença e aguardar aproximadamente 30 segundos antes de usar a força para entrar.

O caso *Hudson v. Michigan* (2006) ilustra uma exceção a essa regra. Nele, a polícia não respeitou o tempo de espera ao cumprir o mandado e, após a entrada, encontrou drogas e armas ilegais. Apesar de a Suprema Corte ter reconhecido o desrespeito à norma processual (a regra do "bater e anunciar"), ela decidiu que a exclusão dessas provas prejudicaria a sociedade em maior medida. Assim, as provas foram mantidas, e a condenação, confirmada.

Uma análise sob a ótica econômica revela que a exclusão da prova ilícita acarreta custos para a sociedade. Estes custos incluem não apenas os recursos materiais e o tempo despendido na diligência, mas também, e de forma crucial, a possibilidade de o transgressor da lei penal não ser responsabilizado. Tal cenário, em última instância, pode resultar em uma proteção insuficiente dos direitos fundamentais. Contudo, sendo uma avaliação econômica, é imperativo ponderar os custos do outro lado da balança, a fim de realizar um cálculo de custo-benefício ou trade-off.

O uso da prova ilícita no processo penal implica, por outro lado, violações concretas aos direitos fundamentais do acusado ou de terceiros envolvidos na sua obtenção. Aceitar tal prova é, em essência, validar o resultado de uma prática ilegal, por vezes até criminosa. Embora o Estado a considere ilícita e possa responsabilizar o agente estatal, essa aceitação acaba por oferecer um feedback positivo a ele, já que seu ato ilegal renderá frutos. As externalidades dessa

prática são graves: há uma ameaça ao próprio Estado de Direito e aos direitos fundamentais de todos os indivíduos, gerando afetações de impacto incomensurável.

Assim, a regra de exclusão é crucial para a proteção dos direitos fundamentais e para prevenir abusos estatais, mesmo diante do risco de impunidade. A não aplicação dessa regra, ao legitimar que o Estado desrespeite suas próprias normas, representa uma ameaça direta ao próprio Estado de Direito.

2 PROVA TESTEMUNHAL E VALORAÇÃO RACIONAL DA PROVA

Em regra, quando um juiz toma uma decisão de mérito, ela deverá estar respaldada em provas ou na falta delas. No direito processual penal, o tema provas alcança proporções diferenciadas, já que, para haver uma condenação, é preciso que esteja provado, sem deixar dúvida razoável, que existe uma infração penal e que o réu é o autor do fato. A falta de provas ou a deficiência delas, na sentença, leva à absolvição.

Surge, então, a importância de se analisar mais criticamente como avaliar as provas, e quando um conjunto probatório será suficiente para a condenação. É preciso discutir quais são os padrões ou “estandares” de prova.

A discussão pode seguir também para o âmbito das provas testemunhais, as quais são largamente utilizadas na prática forense penal brasileira, inclusive sendo, muitas vezes, as provas chaves que influenciam no convencimento do julgador.

De acordo com a epistemologia contemporânea, de base popperiana, toda teoria científica deve ser falível, já que os próprios instrumentos humanos de percepção do mundo são limitados, por exemplo, os sentidos. Estes percebem uma parcela da realidade. Um pesquisador, também, não consegue explicar toda a realidade, pois é impossível que se tenha todo o conhecimento e instrumental necessário para tanto.

Se pesquisadores, que dedicam boa parte da sua vida para estudar e entender certos fenômenos, produzem teorias que podem estar incompletas ou até equivocadas, mas que são as melhores que se têm até então, por que o depoimento de testemunhas que viram um determinado fato deve ser avaliado com tanta credibilidade?

Esse é o debate que Sérgio Rebouças e Lara Fernandes apresentam, ao trazer problemáticas a respeito dos processos de perceber determinado fenômeno ou fato, de armazená-lo, e depois de transmitir o que se lembra sobre o que foi percebido (2020, p. 3). A percepção da realidade seria limitada pelos próprios sentidos, em que se absorveria somente uma

parcela. No armazenamento, há uma tradução do que foi visto para a mente, influenciada por várias circunstâncias do momento, como estado mental e do ambiente. Na transmissão, tem-se um processo também complexo, no qual a pessoa tentará resgatar na mente o que foi visto e tentar traduzir isso em linguagem a um interlocutor.

A linguagem é então outro desafio para a narrativa de um fato, pois ela está intimamente ligada com as próprias experiências de vida da pessoa e seus conhecimentos, de modo que, ao se passar a informação, sinais e palavras serão usados sem que necessariamente traduza o que foi visto. Na verdade, transmitir em palavras uma memória para outra pessoa, depois de passar por um processo de interpretação do que foi visto na fase de percepção e armazenamento, passa por outra etapa de interpretação, agora do que foi lembrado para a linguagem.

Assim, como na percepção e armazenamento de um acontecimento estão influenciados por pré-compreensões, ao se recordar a memória, tais pré-compreensões podem vir junto à própria memória. Algumas vezes, há informações que não fazem parte do acontecido, mas que no momento da percepção e armazenamento, o sujeito infere. Ao tentar recordar e transmitir tal fato, muitas vezes a inferência feita surge como memória. Uma falsa memória, pois não corresponde ao acontecido.

Sérgio Rebouças e Lara Fernandes (2020, p. 7) dão o exemplo de duas pessoas que conversavam, em que uma afirmou defender a liberação do porte de armas. No momento da percepção e do armazenamento, o sujeito que ouviu tal afirmação supôs e inferiu o seguinte: já que ele defende tal posição, ele deve então votar em determinado candidato. Tempos depois, ao se recordar, surge como memória daquele que ouviu também a informação de que o primeiro vota em determinado candidato. A inferência feita no momento do armazenamento, pode virar uma memória de algo que não necessariamente aconteceu.

Afora estes desafios endógenos no resgate e transmissão de uma memória, ainda há problemas exógenos, isto é, como a narrativa será assimilada pelo interlocutor. Haverá uma nova etapa de interpretação, agora a partir das experiências e conhecimentos daquele que recebe a informação. E mais: preocupa-se em como a interação entre os interlocutores pode interferir na própria hígidez daquilo que foi lembrado e passado.

Os referidos autores (2020, p. 8) chamam a atenção para a forma como o receptor da informação indaga aquele que está narrando. Formas de perguntas sobre como se deu determinado fato podem interferir na própria recordação e na sua transmissão, criando falsas memórias.

Um dos exemplos mencionados é a pesquisa que envolve um acidente entre carros, em que um desrespeitou o sinal de pare. Dois grupos de pessoas assistiram ao vídeo do sinistro. Ao primeiro grupo, foi perguntado se o carro teria atravessado o sinal de dê a preferência, uma experiência de indução ao erro. Ao segundo, foi indagado se o carro tinha desrespeitado o sinal de pare. A maioria das pessoas do primeiro grupo afirmou ter visto o sinal de preferência. Enquanto, do segundo, a maioria respondeu ter visto o sinal de pare. Nota-se, portanto, a falsa memória do primeiro grupo.

Existiriam dois métodos para a formação da prova testemunhal. O primeiro, chamado de recordação da memória passada, ocorre quando a testemunha confirma que seu depoimento em sede de investigação preliminar é preciso à memória que tinha à época, apesar de não haver mais esta recordação em tempo presente. Assim, a prova é o depoimento coletado durante as investigações, e não o depoimento durante a fase judicial, o qual se limita a confirmar o depoimento anterior. O segundo método é a memória presente revivida, no qual se tentará resgatar a memória do depoente, com o propósito de que ele narre novamente o acontecido, e não somente confirme o que já disse.

Sabendo-se, então, dos problemas relacionados à percepção, armazenamento e transmissão da memória, assim como da captação desta por um terceiro, Sérgio Rebouças e Lara Fernandes (2020, p. II e ss.) oferecem proposta para diminuir a chance de criação de falsas memórias e para se chegar a informações mais fidedignas à realidade, mesmo que se saiba que a explicação total da realidade não pode ser alcançada. Trata-se da entrevista cognitiva.

Entre os métodos utilizados nesta proposta, destaca-se a tentativa de levar o depoente para o contexto do fato, a narrativa livre e o aprofundamento da memória. Assim, em primeiro lugar, tenta-se reconstruir mentalmente o contexto em que a testemunha se encontrava no momento do fato que analisa, para então estimular sua memória. Após, de forma a não induzir respostas, pede-se ao depoente que narre livremente o que lembra.

Por fim, busca-se aprofundar-se na memória. Primeiro tenta-se extrair detalhes de cada cena do fato analisado, concentrando-se primeiro em uma cena, e passando para outra só depois de esgotá-la. Evita-se, então, confusão entre as cenas. Ainda, recomenda-se a técnica da ordem cronológica reversa, em que se pede para o depoente narrar o fato do final ao começo, tentando-se evitar que, ao contar de forma tradicional, ele esteja propenso a criar falsas memórias no sentido de corrigir imprecisões de memória.

Os autores destacam que tais técnicas são pensadas principalmente na fase de investigação preliminar, na qual o contraditório é atenuado, e há menos restrições legais para a ordem e forma dos questionamentos. Na fase judicial, haverá o exame direto e o cruzado primeiramente, dando às partes a oportunidade de fazer perguntas. Só ao fim é que o juiz faria alguma pergunta complementar. Não há tanta liberdade para uma narrativa livre, por exemplo, a não ser que as próprias partes e o juiz formulem perguntas nesse sentido.

Ampliando o tema sobre valoração racional da prova, e também ainda sob a perspectiva de que a realidade nunca é inteiramente percebida, e a verdade absoluta nunca alcançada, em razão das limitações dos sentidos humanos, surge a pergunta: como o juiz vai condenar um réu por um crime se este mesmo juiz não pode acessar toda a realidade do fato analisado? Na realidade, o juiz julgará com base na verossimilhança do conjunto probatório com o que é narrado pelas partes, com o propósito de se chegar a uma versão que mais se aproxima da realidade.

A partir disso, e do art. 386, VI, do Código de Processo Penal, o qual afirma que o juiz deverá absolver o acusado quando não houver provas suficientes para a condenação, outra dúvida se apresenta: quando haverá prova suficiente para que haja a condenação? Infelizmente, a legislação brasileira, em regra, não dá essa resposta. De acordo com nosso sistema legal, para a grande maioria dos crimes, fica para o convencimento motivado dos juízes, por critérios subjetivos e individuais de cada um deles, decidirão quando haverá provas suficientes. De acordo com Jordi Ferrer Beltrán (2021, p. 28), essa situação leva a uma insegurança jurídica e desigualdade de critérios, o que, em última análise, causa risco ao próprio estado de direito, já que os juízes, com sua discricionariedade ampliada pela falta destes critérios, poderiam burlar a própria lei para condenar ou mesmo para absolver.

O referido autor (BELTRÁN, 2021, p. 18) utiliza como uma de suas premissas que o raciocínio probatório é um raciocínio probabilístico, isto é, através do conjunto probatório, o juiz irá analisar o que provavelmente aconteceu. Como dito, para então condenar, é preciso que haja um grau suficiente de probabilidade de que o acusado é culpado. Mas como se alcançar este grau? O autor então fala que é preciso que os sistemas legais tenham critérios para se avaliar quando se chegou a um grau suficiente de probabilidade de culpa, o que ele chama de “estándares de prueba” (BELTRÁN, 2021, p. 21).

Os “estándares” de prova possuem então a função de delinear quando um conjunto probatório ofertou um grau de probabilidade suficiente de que o réu é culpado. Chegando a este

grau, poderá condená-lo, caso contrário, a absolvição é obrigatória, de acordo com o “in dubio pro reo”.

O mesmo autor observa que não se pretende criar critérios de suficiência de prova para cada caso específico, pois isso não seria possível através da lei. Na verdade, qualquer “estándar” de prova que se criar, ele sempre terá um grau de imprecisão. Mas é importante os ter, justamente para diminuir, e não fazer desaparecer, essa imprecisão (BELTRÁN, 2021, p. 203). Pois, quanto mais se deixa para o magistrado, maior a possibilidade de arbítrio. Os “estándares”, portanto, terão alguma medida de generalidade para que se possa aplicar no máximo de casos possíveis. Mas a suficiência será determinada pela lei para um tipo de caso, e não pela subjetividade em que um juiz utiliza um critério para uma categoria de casos, e o outro, para a mesma situação, aplica outros critérios.

Isto não quer dizer que o “estándare” será o mesmo para todas as hipóteses. Pode-se adotar critérios diferentes para grupos de situações diferentes. Em alguns casos, o “estándar” previsto legalmente pode ser mais exigente, necessitando um conjunto probatório mais robusto para a condenação, como no caso em que as sanções penais são a privação da liberdade. Em infrações em que a sanção seja pecuniária, o autor aceita um “estándar” menos rigoroso (BELTRÁN, 2021, p. 206).

10

Na realidade, a escolha do grau de exigência do “estándar” é política. E tal escolha envolve assumir riscos de erros judiciários. Quanto mais exigentes, menor o risco de condenações injustas. Por outro lado, maior a probabilidade de absolvições injustas. Em uma sociedade punitivista, é possível que se adotem critérios menos rigorosos, o que pode levar à condenações injustas em nome da segurança pública. O “estándares” de prova possuem uma segunda função, qual seja, a de “distribuir el riesgo del error entre las partes” (BELTRAN, 2021, p. 24).

Pode-se também normatizar “estándares” de prova diferentes, a depender também do momento processual. Isto já é encontrado em nosso sistema processual penal. Para que se tenha o recebimento da inicial acusatória, dando início à ação penal, têm-se “estándares” menos exigentes, quais seja, os indícios suficientes de autoria e provas da materialidade do delito, isto é, a justa causa. Para a condenação, não bastam indícios, são necessárias provas formadas em contraditório. Portanto, utiliza-se um “estándar” mais rigoroso.

Jordi Beltrán, então, sugere sete “estándares” de prova para uma condenação, em ordem decrescente de exigência (2021, p. 209).

A primeira, e mais rigorosa, afirma que para que se tenha uma condenação é necessário cumulativamente os dois requisitos seguintes: a) a hipótese de que o réu é culpado seja coerente com os dados disponíveis e que seja resultado do conjunto probatório inserido no processo; b) que o conjunto probatório refute todas as hipóteses plausíveis que possam levar à inocência do acusado ou que seja mais benéfica a ele, ventiladas ou não no processo, excluindo-se as hipóteses “ad hoc”.

Para o segundo “estándar” é necessário cumulativamente o ponto “a” referido acima, e que o conjunto probatório refute a hipótese apresentada pela defesa que possa levar à inocência do acusado ou que seja mais benéfica a ele, também excluindo-se as hipóteses “ad hoc”. A diferença aqui é que não é necessário que se refutem todas as hipóteses possíveis, ventiladas ou não na ação penal. Basta refutar aquela trazida pela defesa.

O “estándar” de número três também possui a mesma primeira exigência. Quanto ao segundo requisito, também o conjunto probatório deve refutar a hipótese apresentada pela defesa. A diferença é que, para que esta tese defensiva tenha valor, não precisa ela ser apenas plausível. É necessário que haja alguma prova que confirme a hipótese de inocência. Não havendo, ela não poderia ser acatada pelo julgador.

Quando se fala que estão excluídas as hipóteses “ad hoc”, significa dizer que, se a tese defensiva se baseia em teses infalíveis, que não permitam o contraditório e não possam ser contestadas a partir de provas em contrário, ela não será aceita. Em outras palavras, teses defensivas que levam a uma situação de prova impossível devem ser descartadas. O autor traz o exemplo do argumento defensivo em que o acusado atuou de determinada forma por influência de extraterrestres (BELTRÁN, 2021, p. 223).

Os próximos “estándares” probatórios não necessitam mais de que o conjunto probatório refute as hipóteses que podem levar à inocência do acusado. Na verdade, haverá agora um embate entre versões da acusação e da defesa, e uma análise de qual é mais provável de ter acontecido.

Segundo o quarto “estándar”, será considerada provada se a hipótese da acusação for provavelmente verdadeira e que o peso do conjunto probatório esteja completo. O quinto exige que a hipótese da acusação tenha mais probabilidade de ter acontecido do que a tese de defesa, e também necessita que o peso do conjunto probatório esteja completo. No sexto e sétimo, não precisa de um conjunto probatório completo. No sexto, basta que a tese de acusação seja

provavelmente verdadeira. No sétimo, somente se exige que a tese de acusação tenha mais verossimilhança do que a tese da defesa.

Utilizando-se dos “estândares” probatórios, a decisão terá que motivar como o conjunto probatório e as hipóteses ventiladas pelas partes se encaixam em tais critérios. Assim, as decisões terão maior racionalidade e fundamentação. Por isso, são passíveis de maior controle por meio de recursos. A atividade judicial então passa a fugir da arbitrariedade e de inseguranças jurídicas trazidas por critérios subjetivos e diversos utilizados por cada juiz.

3 MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVAS E NOVAS TECNOLOGIAS

A dinâmica social se transforma cada vez mais rápido. Da mesma forma, tecnologias são criadas ou aprimoradas. É sabido que, do ponto de vista estatal, a capacidade de criação de normas gerais e abstratas não consegue acompanhar tais mudanças na mesma velocidade. O direito está sempre um passo (ou mais) atrás da própria sociedade.

Atualmente, a comunicação à distância entre indivíduos acontece muito mais por meios outros que não a ligação telefônica. Utiliza-se muito mais os meios digitais, a exemplo do aplicativo *WhatsApp*. Mesmo assim, não se tem ainda lei brasileira que regule a forma de obter provas nessas “novas” tecnologias. Por esse motivo, os órgãos de persecução penal e a justiça brasileira tentam se virar com o que têm, a exemplo do uso, por analogia, da lei 9.296/96, que trata da interceptação telefônica, no âmbito das comunicações digitais.

12

Tal tema foi discutido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RHC 99.735/SC em 2018. No caso, a polícia, por meio de autorização judicial, fundamentada na analogia com a lei de interceptação telefônica, apreendeu o aparelho celular de um réu e, depois, sem informá-lo, fez o espelhamento do aplicativo *WhatsApp* no computador, podendo utilizar, no *WhatsApp Web*, todas as funcionalidades do aplicativo e conta do réu. Isto é, a polícia tinha acesso a todas as conversas, inclusive aquelas que não têm qualquer relação com o crime investigado. E mais, poderia ver conversas anteriores à própria data da autorização, assim como apagar qualquer mensagem sem deixar qualquer registro.

A 6ª Turma da referida corte decidiu pela procedência do RHC, reconhecendo a ilegalidade das provas obtidas através da referida operação, já que, dentre outros motivos, não poderia ser utilizada, neste caso específico, a aplicação por analogia da lei 9.296/96, pela falta de similaridades entre a situação que a lei regula e a situação do fato analisado. A interceptação telefônica somente permite que o terceiro atue passivamente, escutando as conversas. Já o

espelhamento no *WhatsApp Web* permite que o terceiro atue das mesmas maneiras que poderia o usuário interceptado. Assim, simulando ser o próprio réu, a polícia poderia enviar, receber, ler, escutar e apagar mensagens, e, se assim o disser, pode modificar todo o contexto original das conversas. Portanto, nota-se já um ponto de diferença entre a interceptação das comunicações telefônicas e a comunicação digital “interceptada” por espelhamento.

Utilizar a função de apagar mensagem somente para si não deixa qualquer rastro, já que as mensagens não ficam armazenadas em nenhum servidor, em razão da criptografia de ponta a ponta, ficando tais dados armazenados somente nos aparelhos celulares envolvidos. A partir do momento em que a mensagem é apagada somente para si, mesmo no *WhatsApp Web*, ela não consta mais nos dados do aparelho celular espelhado, e não deixa qualquer vestígio na conversa. Caso a polícia apagasse alguma mensagem, não deixaria qualquer rastro. Assim, não haveria como o réu provar tal desaparecimento, pois seria uma prova diabólica. Não haveria, portanto, possibilidade de contraprova, o que caracterizaria uma presunção absoluta de legitimidade dos atos dos agentes públicos.

Outro ponto de diferença é que, no espelhamento, a polícia teria acesso a conversas anteriores à própria autorização, o que não acontece na interceptação telefônica regulada pela lei 9.296/96. O voto da ministra relatora Laurita Vaz também aponta que a medida de espelhamento exige que se apreenda o aparelho celular, diferentemente do que acontece na interceptação telefônica. A autorização judicial e a abordagem policial não informaram qual o propósito da apreensão. Haveria a violação do direito de ficar calado e de não produzir provas contra si mesmo.

Ainda no âmbito de meios de obtenção de prova, deve-se falar da cadeia de custódia das provas colhidas, prevista nos arts. 158-A e seguintes, do Código de Processo Penal. Esta matéria foi incluída em tratamento legal a partir da lei 13.964/2019. Trata-se, portanto, de tema novo no âmbito da legalidade, mas que há muito deveria ter sido regulado pela lei. A cadeia de custódia diz respeito à confiança que se pode dar aos vestígios e provas, a partir de como ela foi colhida, acondicionada, transportada, armazenada, etc., no sentido de entender qual caminho a evidência fez. Isto é, é saber se aquela prova encontrada na cena do crime é a mesma apresentada durante a ação penal aos peritos, por exemplo (princípio da mesmidade). Se não houver um rastreamento da prova, como saber que é a mesma? O contraditório sobre a prova fica prejudicado. A confiança nela diminui vertiginosamente. Portanto, a condenação que a utilizaria como base fica ainda mais difícil.

Se a prova foi mal coletada, sem seguir os ditames legais, quais são as consequências para a ação penal e eventual condenação? O assunto foi debatido pela mesma 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em 2021 no julgamento HC 653.515/RJ. Segundo a narrativa da acusação, em uma operação policial em local dominado pelo tráfico de drogas, um indivíduo tentou fugir de uma prisão em flagrante, momento em que foi encontrado, no chão, próximo ao preso, drogas ilícitas. Durante a ação penal, o perito atestou que a prova foi colhida em saco plástico frágil com a ponta amarrada, típico de supermercado, sem lacre, o que viola o art. 158-D, do CPP, que exige recipiente adequado para acondicionamento e que seja selado. A defesa requereu ao STJ a nulidade do processo, desde sua origem, em razão da ilicitude da prova. Também requereu a absolvição.

O voto vencedor do ministro Rogério Schietti apresentou alguns posicionamentos sobre as consequências jurídicas da violação à cadeia de custódia. Uma é de que a ilegalidade não leva a uma imprestabilidade absoluta da prova. A segunda posição é de que a violação da cadeia de custódia leva à ilicitude da prova, sua inadmissibilidade, devendo ser desentranhada. Uma terceira opinião fala que é caso de prova ilegítima e nulidade, já que se está violando direito processual, e não material. Em quarto, há a ideia de que a prova pode ser utilizada, mas seu valor é menor e só pode ser considerada se outras lhe derem confiabilidade.

14

O ministro Schietti parece se alinhar a esta última doutrina. Em seu voto, ele absolve o acusado em relação ao crime de tráfico de drogas, mas não por conta da ilicitude ou ilegitimidade da prova, mas sim por conta de que seu valor probatório é fraco. O conjunto probatório como um todo não corrigiu a falta de confiabilidade da principal prova, qual seja, as drogas apreendidas. Para o ministro, não foi possível que se chegasse a uma certeza da existência do crime, e nem mesmo para uma dúvida além do razoável. Portanto, o ministro entende que a consequência para a violação da cadeia de custódia é a diminuição da fiabilidade da prova.

A partir de uma comparação ao regime jurídico alemão, Gleizer, Montenegro e Viana (2021) estudam quais são os critérios que permitem a utilização de dados pessoais dos indivíduos adquiridos por tecnologias para fins de segurança pública e persecução penal. De antemão, os autores alertam que, no Brasil, basicamente não existe um conjunto de normas suficientes que regule como se dará a atividade estatal de segurança pública (GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA, 2021, p. 80). Em outras palavras, não existe uma disciplina de direito de segurança pública. Na verdade, as normas que visam à segurança pública teriam como ponto de partida leis que tratam sobre o processo penal.

Antes de tratar sobre o tratamento de dados a partir de certas tecnologias, os autores buscam definir o que seria esse direito de segurança pública e quais seus aspectos centrais (GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA, 2021, p. 80 e ss.). Tal direito tentaria regular a atividade estatal na proteção da segurança pública de perigos que afetem os bens jurídicos mais relevantes, interferindo em direitos fundamentais dos cidadãos para tanto. Os três pontos centrais são a segurança pública, o perigo e os destinatários, os quais devem ser levados em consideração na criação de normas de segurança pública.

A segurança pública seria o bem protegido, no sentido de evitar violações à ordem jurídica, principalmente no que tange ao cometimento de infrações penais. Segurança pública não tem um “conteúdo material próprio” (GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA, 2021, p. 81), mas sim caráter instrumental ao proteger outros bens jurídicos, os quais são resguardados pelos tipos penais. A segurança pública também abarcaria a proteção de direitos individuais postos em risco por eventos naturais e a proteção das instituições estatais.

Quanto ao perigo, os autores conceituam como “a probabilidade suficiente de que uma situação ou um comportamento produzirá um dano a um bem jurídico” (GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA, 2021, p. 83). Eles também dividem o perigo em duas espécies, quais sejam, abstrato e concreto. Tal subdivisão seria diferente do que se faz na doutrina penal tradicional. Para eles, perigos concretos seriam aqueles verificados em uma situação real em que o dano é previsível. Já, no perigo abstrato, se fala de uma situação hipotética em que, cientificamente, a conjunção de fatores da situação leva a um perigo de dano à bens jurídicos. A suficiência da probabilidade dependerá da “intensidade do dano”. Quanto maior, menos se exige dessa suficiência.

Enfim, sobre os destinatários das medidas de segurança pública, eles informam que, em regra, serão os “perturbadores”, isto é, aqueles que geram o perigo. Mas, por vezes, outras pessoas podem ser afetadas, como é o caso de câmeras de vigilância que transmitem os transeuntes de um local onde regularmente se cometem crimes (GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA, 2021, p. 84).

Na Alemanha, existem dois tipos de normas que regulam o tratamento de dados para fins de segurança pública. O primeiro tipo são as normas de autorização específicas, que regulam determinadas medidas estatais de levantamento de dados, por exemplo, a identificação eletrônica de veículos, que, a depender da região, possui regramento autorizativo específico. O segundo tipo são as normas de autorização geral, em que não se regula determinadas situações,

mas sim atípicas. Os casos que não possuem tratamento específico, poderão ser regulados pelas regras gerais. Os autores advertem que, se um caso concreto é regulado numa norma autorizativa específica, mas não possui os requisitos para que haja a medida estatal de interferência, não poderá o agente público se utilizar da regra geral (GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA, 2021, p. 85).

Eles trazem dois critérios para a criação de regras especiais de autorização. É necessário primeiro a licitude formal, significando que, para haver a medida que utilizará os dados pessoais, tem-se como requisito a ordem escrita, a qual necessitará ser judicial se a medida for muito invasiva, como o caso de interceptação telefônica e infiltração “online”, em que deverá haver menção, inclusive, ao conteúdo captado e o tempo da medida (GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA, 2021, p. 87).

É imprescindível também a licitude material, a qual está relacionada ao bem jurídico protegido, o perigo e os destinatários. Quanto ao bem jurídico, os autores afirmam que é necessário que o bem jurídico protegido seja concreto, não bastando a segurança pública. Para haver a medida invasiva estatal nos dados pessoais, é preciso ter como escopo a defesa “da vida, liberdade ou saúde de uma pessoa”, ou a própria “existência e segurança das instituições estatais” (GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA, 2021, p. 87).

16

Em relação ao tipo de perigo, em regra, para as normas autorizativas especiais, é preciso um perigo concreto. Mas, colocando-se mais restrições à adoção das medidas estatais, seria possível também para perigo abstrato. Já em relação aos destinatários, como em regra, somente se utilizam as medidas para perigos concretos, aqueles seriam somente os perturbadores. Mas, caso em situação excepcional, haja regra autorizativa especial para perigo abstrato, qualquer pessoa poderia ser o destinatário da medida (GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA, 2021, p. 88).

Para ilustrar, eles falam do art. 39 da Lei Policial da Baviera, através do qual está autorizada a polícia a utilizar sistemas ocultos automatizados de reconhecimento de placas de veículos automotores. Tais dados só poderão ser levantados e cruzados para a proteção de um bem relevante a um perigo concreto (GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA, 2021, p. 91). Sobre o tema, o BVerfG já afirmou que o levantamento massivo destes dados fere o direito à autodeterminação informacional, mesmo que haja a imediata exclusão dos que resultarem negativos no cruzamento de dados. Ainda, para haver o levantamento, é preciso de um objetivo concreto, não cabendo uma fundamentação genérica.

Outro exemplo trazido pelos autores são as câmeras de vigilância em espaços públicos, de forma a observar e gravar as pessoas que passam pelo local. A lei da Baviera determina que a captação dessas imagens e sons só será realizada para proteger de perigo ou ameaça a um bem jurídico relevante, e somente em locais em que haja fundamentos concretos de que serão cometidas infrações penais. Como a observação e a gravação interferem de modo intenso a autodeterminação informacional, tais dados só poderiam ser levantados a partir de regulação legal específica, não sendo possível regras gerais de autorização (GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA, 2021, p. 94-96).

Além do levantamento de dados, há outras maneiras de tratamento deles, como o armazenamento, a utilização e a alteração. Para os autores (GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA, 2021, p. 100-101), essas outras formas de tratamento só estão autorizadas se tiverem vinculação com a finalidade do levantamento de dados. Não pode, por exemplo, levantar os dados para fins de proteção de bens jurídicos contra perigos concretos e depois armazená-los simplesmente para saciar a indiscrição do agente público. É possível o tratamento desses dados adquiridos desde que, hipoteticamente, o levantamento também estivesse autorizado.

Em seguida, os autores tratam dos dados levantados, utilizados, ou mesmo criados durante o processo penal. Uma observação inicial deve ser apontada. Primeiro: quando se fala em dados, fala-se da autonomia informacional que está englobada pelos direitos da personalidade, da vida privada e da intimidade. Uma interferência estatal afeta tais direitos fundamentais, dificultando o livre desenvolvimento da personalidade. Por isso, “a priori”, tais direitos fundamentais não são limitados, o que somente pode ocorrer através de lei estrita. Portanto, a intervenção nesses direitos só pode ocorrer quando houver lei que autorize. Sem a lei, a interferência está vedada (GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA, 2021, p. 106 e 115).

Outro ponto interessante trazido por eles (GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA, 2021, p. 107 e ss.) é o de que a própria persecução penal é uma forma de tratamento de dados pessoais do imputado, já que durante os procedimentos, vários documentos, depoimentos e informações sobre o réu serão utilizados. Inclusive, ser considerado indiciado, acusado e condenado são modificações nos seus dados pessoais. Por esse motivo, problematizam a disponibilização dos autos do processo para qualquer pessoa. Argumentam que a publicidade dos atos judiciais prevista no art. 93, IX, da CF, diz respeito somente ao julgamento, e não a qualquer ato do processo. Assim, só seria pública a audiência de instrução e julgamento e a sentença. Os outros

atos do processo seriam de acesso somente às partes e de terceiros com algum interesse processual.

Mesmo os atos da audiência de instrução e julgamento, apesar de serem públicos, não poderiam ser amplamente divulgados. Os autores argumentam que o propósito da norma, que tem origem no pensamento liberal e iluminista, é evitar os julgamentos secretos que havia nos procedimentos criminais do antigo regime, no sentido de haver um controle sobre o que é decidido. Desta forma, a participação de espectadores já seria suficiente para este controle, sendo desnecessária a divulgação irrestrita das informações, o que acabaria interferindo desproporcionalmente nos direitos da personalidade do acusado.

Quanto às medidas de investigação durante a persecução penal, foi dito que é necessária a existência de norma autorizadora para que haja interferência em direitos fundamentais. Tal norma deve levar em consideração também os aspectos de licitude formal e material. Quando se fala na primeira, exige-se que haja reserva de jurisdição e que, caso a medida não seja oculta, que seja informado o direito ao silêncio do investigado e da explicação da razão da medida. (GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA, 2021, p. 116).

Sobre a licitude material, o bem jurídico protegido é aquele abrangido pelo próprio tipo penal. Para que seja proporcional a interferência em direitos fundamentais, é preciso que seja para proteger outros de igual ou maior valor. A lei autorizadora, então, precisa trazer um catálogo de crimes em que pode, em abstrato, incidir a medida. Pressupõe-se que os crimes mais graves são aqueles que ofendem os bens jurídicos mais importantes. Portanto, é possível que este rol de crimes esteja vinculado à quantidade de pena. É necessário ainda que o juiz do caso reconheça a gravidade concreta do fato para que haja a medida, não bastando a previsão abstrata (GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA, 2021, p. 119).

Para adoção da medida, exige-se também uma suspeita qualificada, isto é, alguém deve ser alvo de ações investigativas, e tem que haver “fatos determinados” (GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA, 2021, p. 120). que demonstrem que o investigado é o provável autor da infração penal.

CONCLUSÃO

A presente análise crítica sobre o regime probatório no processo penal brasileiro evidenciou a imperiosa necessidade de um constante aprimoramento teórico e normativo para que a busca pela verdade processual se harmonize com a intransponível garantia dos direitos

fundamentais. A investigação demonstrou que as controvérsias centrais em torno da prova persistem em cenários de rápida transformação social e tecnológica.

Em primeiro lugar, a discussão sobre a regra de exclusão das provas ilícitas sublinha a tensão fundamental entre a eficácia da persecução penal e a proteção do devido processo legal. Argumenta-se que, apesar do alto custo social da impunidade, a rigidez da regra no sistema brasileiro – avesso às exceções da boa-fé e cauteloso quanto às teorias derivadas do direito norte-americano – se justifica como baluarte do Estado de Direito. A validação de provas obtidas por meios ilegais representa uma ameaça de externalidades incomensuráveis, legitimando a atuação abusiva do Estado e desvirtuando o propósito da própria lei penal.

Em segundo lugar, a reflexão sobre a prova testemunhal revelou sua fragilidade intrínseca, ancorada nas limitações da percepção, do armazenamento e da transmissão da memória humana, com o consequente risco de criação de falsas memórias. Para mitigar o subjetivismo inerente ao sistema do livre convencimento motivado e a insegurança jurídica daí decorrente, defende-se a urgente adoção de “estândares de prova” objetivos. A normatização desses critérios, como proposto por Jordi Ferrer Beltrán, não visa eliminar a imprecisão, mas sim diminuir a discricionariedade judicial, racionalizar a fundamentação decisória e, politicamente, distribuir de forma transparente o risco de erros judiciários entre as partes.

19

Por fim, o exame sobre os meios de obtenção de provas em comunicações digitais e o regime da cadeia de custódia ressaltou o descompasso entre a velocidade da tecnologia e a lentidão legislativa brasileira. A ausência de uma norma específica para a obtenção de dados em aplicativos como o WhatsApp, bem como a decisão do STJ que invalidou o espelhamento não regulamentado (RHC 99.735/SC), reforçam a vedação de práticas invasivas sem autorização legal estrita. A violação da cadeia de custódia, conforme analisado no HC 653.515/RJ, embora não necessariamente acarrete a nulidade absoluta, impacta de forma decisiva na fiabilidade da prova, demonstrando que a falha em aspectos formais tem o potencial de fragilizar todo o conjunto probatório. A análise comparada com o modelo alemão, que exige licitude formal e material para a interferência estatal em dados pessoais, aponta um caminho para a criação de um direito de segurança pública mais transparente e respeitador dos direitos fundamentais no Brasil.

Conclui-se que o desafio do processo penal moderno é alcançar uma verdade material que seja moral e constitucionalmente admissível. As propostas apresentadas – desde a rigidez na aplicação da regra de exclusão até a adoção dos estândares de prova e a regulamentação dos

meios digitais de obtenção de dados – convergem para a construção de um sistema probatório mais robusto, racional e, sobretudo, garantista, capaz de legitimar a atuação jurisdicional e reafirmar o compromisso do Estado com os direitos da personalidade e a integridade do indivíduo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARMENTA DEU, Teresa. A prova ilícita. Um estudo comparado. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

FORBES, Jessica. The Inevitable Discovery Exception, Primary Evidence, and the Emasculation of the Fourth Amendment. *Fordham Law Review*, v. 55, n. 6, 1987, p. 1221-1238.

INGRAM, Jefferson L. Criminal evidence. 11. ed. Waltham: Elsevier, 2012.

REBOUÇAS, Sérgio. “Limites ao princípio de inadmissibilidade de provas ilícitas e derivadas de ilícitas?” In: Madeira, Guilherme; Badaró, Gustavo; Schiatti, Rogerio (Org.). Código de Processo Penal: Estudos Comemorativos aos 80 Anos de Vigência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, v. II, p. 203-219.

REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo; FERNANDES, Lara Teles. As falhas de linguagem e as estratégias cognitivas voltadas à minimização das falsas memórias na prova testemunhal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 171, p. 313-350, set. 2020.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021.

GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública. São Paulo: Marcial Pons, 2021.