

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
FACULDADE CATÓLICA DE RONDÔNIA – FCR
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E
TRANSNACIONALIDADE PROBATÓRIA EM PROCESSO
PENAL**

GUSTAVO SANTANA DO NASCIMENTO

Itajaí-SC, agosto de 2022

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
FACULDADE CATÓLICA DE RONDÔNIA – FCR
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E
TRANSNACIONALIDADE PROBATÓRIA EM PROCESSO
PENAL**

GUSTAVO SANTANA DO NASCIMENTO

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Paulo Márcio Cruz

Coorientador: Professor Doutor Aírto Chaves Junior

Itajaí-SC, agosto de 2022

AGRADECIMENTOS

Este trabalho só foi possível graças ao apoio de uma grande quantidade de pessoas, mas, em especial, agradeço minha família por ser meu alicerce. Na semana em que finalizo este trabalho meu pai recebeu alta da UTI após realização de procedimento de urgência no coração e, mesmo emocionalmente desestabilizado, me deram o apoio necessário para me debruçar sobre a pesquisa e finalizá-la.

Agradeço à Faculdade Católica de Rondônia nas pessoas do Prof. Dr. Fábio Rychecki Hecktheuer e Prof. Dr. Pedro Abib Hecktheuer, os quais me creditaram a missão de ingressar no mestrado e quadro de professores desta instituição tão respeitável e pela qual nutro extremado carinho.

Agradeço mais uma vez e sempre ao Prof. Stênio Castiel Gualberto (*in memorian*), o qual dediquei este trabalho, mas, sem desnecessárias delongas, é o responsável por tudo isso. Meu muito obrigado querido professor!

Agradecimento ao meu orientador, Prof. Dr. Paulo Márcio Cruz, e, em especial, ao meu coorientador, Prof. Dr. Aírto Chaves Junior, o qual, mesmo à distância, sempre se colocou à inteira disposição para me auxiliar, tendo me acolhido ainda no início do curso, quando acabara de sair dos bancos da graduação.

Por fim, agradeço a Patrícia Belini e todos os demais colegas de academia que dividiram momentos de angústia, dificuldades pessoais e anseios ao longo destes dois últimos anos: Janus Pantoja, Bruno Biliatto, Jaime Miranda, Tomás Lima, Tiago Cordeiro e Thiago Alencar.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, sobretudo à minha mãe, exemplo de dedicação, que sempre me ensinou o valor do estudo e me deu todo o apoio e amor necessário para chegar até aqui.

À minha irmã que, mesmo distante, sempre dedicou carinho e apoio.

Ao Prof. Stênio Castiel Gualberto (in memorian), exemplo de vida, de paixão pela academia, dedicação com os alunos e responsável por eu estar, neste momento, redigindo a presente dedicatória. É por você que hoje sou professor, é por você que ingressei no mestrado. Obrigado por sempre acreditar em mim – mais do que eu mesmo pude acreditar. Minha eterna gratidão!

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca deste.

Itajaí-SC, agosto de 2022

GUSTAVO SANTANA DO NASCIMENTO:01959405209
Assinado de forma digital por
GUSTAVO SANTANA DO
NASCIMENTO:01959405209
Dados: 2022.11.15 18:40:21 -04'00'

Gustavo Santana do Nascimento
Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

MESTRADO

Conforme Ata da Banca de Defesa de Mestrado, arquivada na Secretaria do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica PPCJ/UNIVALI, em 19/08/2022, às 11h (Horário de Brasília) e 10h (Horário em Rondônia), o mestrando GUSTAVO SANTANA DO NASCIMENTO fez a apresentação e defesa da Dissertação, sob o título “COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E TRANSNACIONALIDADE PROBATÓRIA: uma análise acerca do respeito à custódia da prova em processo penal”.

A Banca Examinadora foi composta pelos seguintes professores: Doutor Aírto Chaves Junior (UNIVALI), como presidente e coorientador, Doutor Pedro Abib Hecktheuer (FCR), como membro, Doutor Márcio Ricardo Staffen (UNIVALI), como membro e Doutora Denise Schmitt Siqueira Garcia (UNIVALI), como membro suplente.. Conforme consta em Ata, após a avaliação dos membros da Banca, a Dissertação foi Aprovada.

Por ser verdade, firmo a presente.

Itajaí (SC), 19 de agosto de 2022.



PROF. DR. PAULO MÁRCIO DA CRUZ
Coordenador/PPCJ/UNIVALI

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CNT	Confederação Nacional dos Transportes
DPI	Direito Penal Internacional
DRCI	Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
HC	<i>Habeas Corpus</i>
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MLAT	<i>Mutual Legal Assistance Treaty</i>
ONU	Organização das Nações Unidas
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos
SENAJUS	Secretaria Nacional de Justiça
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TIES	Técnicas Especiais de Investigação
UE	União Europeia

ROL DE CATEGORIAS

Cadeia de Custódia da Prova Penal: “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”¹.

Cooperação Jurídica Internacional: “Conjunto de atos que regulamenta o relacionamento entre dois Estados ou mais, ou ainda entre Estados e Tribunais Internacionais, tendo em vista a necessidade gerada a partir das limitações territoriais de soberania”².

Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal: “Conjunto de práticas, princípios e normas, nacionais e internacionais, de auxílio entre Estados soberanos ou mesmo organismo internacionais, que visam coordenar as jurisdições penais e conferir tutela jurisdicional adequada em relação a fatos penais transnacionais”³.

Crime: É a “conduta típica, ilícita e culpável a que a lei associa, como consequência jurídica principal, a pena (ou sanção penal)”⁴.

Crime Transnacional: “A infração será de caráter transnacional se: a) for cometida em mais de um Estado; b) for cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planeamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado; c) for cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo

¹ Art. 158-A do Código de Processo Penal. *In* BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941.

² BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal:** eficácia da prova produzida no exterior. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2009. p. 30.

³ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Cooperação internacional no processo penal:** a transferência de processos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 36.

⁴ REBOUÇAS, Sergio. **Direito penal:** parte geral. 1. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 372; cumpre esclarecer que o Conceito Operacional da categoria “Crime” ora adotada trata-se de uma proposta de conceito analítico de crime – que, como se sabe, possui como os três elementos estruturais do crime: a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade. Busca-se a partir da adoção do referido Conceito Operacional estabelecer uma superação dos conceitos clássicos (VON LISZT e BELING) e neoclássicos (MEZGER), e uma aproximação com o conceito finalista de crime em HANS WELZEL e pós-finalista (ou funcionalista) em CLAUD ROXIN.

criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou, d) for cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutro Estado”⁵.

Direito Penal: “É o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama ‘delito’, e aspira a que tenha como consequência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor”⁶.

Direito Processual Penal Internacional: “Representa o estudo do Direito Processual em face de sua projeção externa, além dos limites estreitos de um único Estado, configurando, em suma, um novo método de enfoque do direito processual”⁷.

Garantismo: “‘Garantismo’ designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. Equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo”⁸.

Globalização: “um processo dialético que produz as conexões e os espaços transnacionais e sociais, a desnacionalização, a experiência cotidiana da

⁵ Art. 3, item 2, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março 2004.

⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral** – 9. ed., rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 83 a 84; os autores asseveram que com a expressão “direito penal” se designam duas entidades diferentes: i) conjunto de leis penais (legislação penal), e; ii) sistema de interpretação da legislação penal (saber do direito penal). O conceito operacional ora apresentado é, portanto, o conceito atribuído ao Direito Penal enquanto conjunto de leis penais.

⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. O direito processual penal internacional. In ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; VILARES, Fernanda Regina (Org.). **Direito processual penal internacional**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 4.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 684.

ação sem fronteira”⁹⁻¹⁰.

Investigação Preliminar: “Constitui o conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não processo”¹¹.

Processo Penal: “o processo penal é um caminho necessário para alcançar-se a pena e, principalmente, um caminho que condiciona o exercício do poder de penar (essência do poder punitivo) à estrita observância de uma série de regras que compõe o devido processo penal”¹².

Meio de Prova: *“los medios de prueba constuyen la base para las inferencias lógicas cuyo objetivo es dar sustento a conclusiones acerca de los hechos litigiosos”*¹³.

Prova: *“elemento de confirmación de conclusiones referidas a aserciones sobre hechos o bien como premisa de inferencias dirigidas a fundamentar conclusiones consistentes en aserciones sobre hechos”*¹⁴.

Prova Ilícita: “As [...] obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”¹⁵.

⁹ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalidade da dimensão jurídica. In CRUZ, Paulo Márcio. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 20.

¹⁰ A nível sociológico temos a globalização como a “intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa”. In GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. – São Paulo: Editora UNESP, 1991. p. 60.

¹¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Posição 131. (e-book)

¹² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Posição 22. (e-book)

¹³ TARUFFO, Michele. **La prueba**. (Traducción de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán) Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 35.

¹⁴ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 4. Ed. (Traducción de Jordi Ferrer Beltrán) Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 327.

¹⁵ Art. 157 do Código de Processo Penal. In BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941.

Prova transnacional: “É aquela cuja fonte de prova encontra-se dentro dos limites da soberania de outro Estado, e que, portanto, requer a cooperação e o auxílio deste para a obtenção do dado ou elemento probatório”¹⁶.

Transnacionalidade: [a] “transnacionalidade deve ser uma força que opera em duas direções: uma que age na superação do modelo clássico e ultrapassado do Estado Nacional, mediante a criação de novos espaços de governança; e a outra que agrega, fomenta e coordena a ação local dos Estados com efeitos no plano global a partir de pautas axiológicas de ampla consenso”¹⁷.

Transnacionalidade probatória: consiste na transferência de provas entre Estados soberanos por meio de mecanismos jurídicos de direito internacional previamente convencionados que permitem conferir validade e eficácia em âmbito interno aos elementos probatórios produzidos no exterior, sendo imprescindível a necessidade de observância das garantias processuais penais asseguradas pela normatividade dos Estados envolvidos na atividade probatória¹⁸.

¹⁶ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal:** eficácia da prova produzida no exterior. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito. Área de concentração: Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – São Paulo, 2009. p. 26.

¹⁷ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade.** Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 164. [e-book]

¹⁸ Trata-se de Conceito Operacional proposto a partir das lições extraídas de: BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal:** eficácia da prova produzida no exterior. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito. Área de concentração: Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – São Paulo, 2009., e; MULLER, Ilana. **Cooperação jurídica internacional em matéria pena e seus reflexos no direito à prova no processo penal brasileiro.** Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2013.

SUMÁRIO

RESUMO	p. 14
RESUMEN.....	p. 16
 INTRODUÇÃO	 p. 18
 1. GLOBALIZAÇÃO, CRIMINALIDADE TRANSNACIONAL E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL COMO MECANISMO TRANSFRONTEIRIÇO DE PERSECUÇÃO PENAL	 p. 23
1.1. Globalização e criminalidade transnacional	p. 23
1.2. É possível conceber um processo penal internacional (ou transnacional)?	p. 31
1.3. Cooperação jurídica internacional em matéria penal	p. 36
1.3.1. Conceito	p. 39
1.3.2. Principiologia inerente à cooperação jurídica internacional com finalidade de produção probatória	p. 40
1.3.3. Fontes	p. 44
1.3.3.1. A regulação da cooperação jurídica internacional no processo penal brasileiro e o Projeto de Lei n. 8.045/2010	p. 46
1.3.4. Procedimentos de cooperação jurídica internacional com finalidade de produção probatória	p. 48
1.3.4.1. Carta rogatória	p. 51
1.3.4.2. Auxílio direto	p. 53
1.3.5. Expansão da cooperação jurídica internacional x Necessidade de observância irrestrita às garantias processuais penais: a necessária harmonização ante a tensão	p. 54
 2. CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL	 p. 60
2.1. Aspectos introdutórios: do direito à prova no processo penal	p. 60
2.1.1. Conceito e sentidos atribuídos à “prova penal”	p. 62
2.1.2. Verdade e prova	p. 65
2.1.3. Limites à atividade probatória (provas ilícitas e ilegítimas)	p. 68

2.2. Cadeia de custódia da prova penal no Processo Penal brasileiro	p. 71
2.2.1. Conceito	p. 74
2.2.2. Finalidade	p. 74
2.2.3. Etapas da cadeia de custódia e os novos artigos 158-A a 158-F do Código de Processo Penal (Lei 13.964/2019)	p. 76
2.2.4. Consequências jurídicas da quebra da cadeia de custódia da prova penal	p. 80
 3. A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS REGRAS DE CADEIA DE CUSTÓDIA DE PROVAS PRODUZIDAS NO EXTERIOR: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	p. 83
3.1. Prova e cooperação jurídica: entre o utilitarismo e garantismo	p. 83
3.2. Cadeia de custódia da prova penal e cooperação jurídica internacional 	p. 87
3.2.1. Cadeia de custódia da prova penal como decorrência de garantias internacionais de direitos humanos	p. 87
3.2.2. Utilização de técnicas especiais de investigação (TIES) em investigação de crimes transnacionais	p. 90
3.2.3. A necessidade de observância das regras de cadeia de custódia de provas produzidas no exterior	p. 94
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	p. 103
 REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	p. 109

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na Área de Concentração de Fundamentos do Direito Positivo, mais especificamente na Linha de Pesquisa Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade. O seu objetivo científico é, a partir da implementação do novo instituto da cadeia de custódia da prova penal, introduzido na legislação processual penal brasileira pela Lei nº 13.496/19, analisá-lo no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria penal, mais precisamente investigar a necessidade, ou não, de observância das regras de cadeia de custódia agora positivadas na legislação processual penal brasileira para que a prova produzida no exterior possua validade ao ser admitida no sistema legal interno. Os objetivos específicos são: (i) contextualizar o fenômeno da criminalidade transnacional e analisar o instituto da cooperação jurídica internacional como mecanismo hábil ao seu processamento; (ii) analisar o direito à prova no processo penal e o novel instituto da cadeia de custódia acrescido à legislação processual penal brasileira, e; (iii) verificar se a inobservância das regras de cadeia de custódia da prova penal pelo Estado requerido no âmbito da cooperação jurídica internacional invalida as provas produzidas no exterior quando o Brasil figurar como Estado requerente. O problema de pesquisa consiste na indagação: há necessidade de que o Estado requerido, no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria penal, observe as regras de cadeia de custódia do processo penal brasileiro para que a prova possua validade internamente quando o Brasil figurar como Estado requerente? Inicialmente fora levantada a hipótese que: a cooperação jurídica internacional não pode constituir redução de garantias fundamentais, e, portanto, a produção probatória no estrangeiro deve, necessariamente, observar as garantias fundamentais asseguradas pelo ordenamento jurídico interno. O resultado da pesquisa revelou que o Estado requerido deve observar as regras de cadeia de custódia da prova penal estabelecidas pela legislação processual penal brasileira, mais especificamente o disposto nos arts. 158-A a 158-F do CPP. A observância das regras processuais penais brasileiras deverá ocorrer tanto na hipótese em que o Estado requerido não possua previsão semelhante, ou, ainda, muito embora preveja o instituto, não estabeleça o mesmo rigor de controle epistêmico e rastreabilidade da prova penal. A conclusão alcançada encontra amparo no fato de que a inobservância das regras de controle epistêmico da

atividade probatória denota redução de garantias fundamentais, o que não é admitido, motivo pelo qual a prova deverá ter sua ilicitude declarada, assim como dos demais elementos probatórios que dela derivem, em razão da quebra de cadeia de custódia. Quanto à metodologia, utilizado na fase de Investigação foi o Indutivo; na fase de tratamento de dados, o Cartesiano, e, no Relatório de Pesquisa, foi empregada a base lógica indutiva. Nas diversas fases da Pesquisa foram acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

Palavras-chave: Globalização. Criminalidade Transnacional. Transnacionalidade Probatória. Cooperação Jurídica Internacional. Cadeia de Custódia da Prova Penal.

RESUMEN

Esta Disertación se inserta en el Área de Concentración de Fundamentos del Derecho Positivo, más específicamente en la Línea de Investigación Derecho Ambiental, Transnacionalidad y Sostenibilidad. Su objetivo científico es, a partir de la implementación del nuevo instituto de la cadena de custodia de la prueba penal, introducido en la legislación procesal penal brasileña por la Ley nº 13.496/19, analizarlo en el contexto de la cooperación jurídica internacional en materia penal, más precisamente para investigar la necesidad, o no, del cumplimiento de las reglas de la cadena de custodia ahora establecidas en la legislación procesal penal brasileña para que la prueba producida en el extranjero sea válida cuando se admita en el ordenamiento jurídico interno. Los objetivos específicos son: (i) contextualizar el fenómeno de la criminalidad transnacional y analizar el instituto de cooperación jurídica internacional como un mecanismo hábil para su procesamiento; (ii) analizar el derecho a la prueba en el proceso penal y el nuevo instituto de cadena de custodia agregado a la legislación procesal penal brasileña, y; (iii) verificar si el incumplimiento de las reglas de la cadena de custodia de la prueba penal por parte del Estado requerido en el ámbito de la cooperación jurídica internacional invalida la prueba producida en el exterior cuando Brasil figura como Estado requirente. El problema de investigación consiste en la pregunta: ¿existe la necesidad de que el Estado requerido, en el ámbito de la cooperación jurídica internacional en materia penal, observe las reglas de cadena de custodia del proceso penal brasileño para que la prueba tenga validez interna cuando aparezca Brasil? como solicitante estatal? Inicialmente, se planteó la hipótesis de que: la cooperación jurídica internacional no puede constituir una reducción de las garantías fundamentales, y, por tanto, la producción de prueba en el extranjero debe, necesariamente, observar las garantías fundamentales aseguradas por el ordenamiento jurídico interno. El resultado de la investigación reveló que el Estado requerido debe observar las reglas de la cadena de custodia de la prueba penal establecidas por la legislación procesal penal brasileña, más específicamente las disposiciones de los arts. 158-A a 158-F del CPP. El cumplimiento de las normas procesales penales brasileñas debe ocurrir tanto en el caso de que el Estado requerido no disponga de una disposición similar, o bien, aunque prevea el instituto, no establezca el mismo rigor de control epistémico y de

trazabilidad de la prueba penal. La conclusión a la que se llega se sustenta en que la inobservancia de las reglas de control epistémico de la actividad probatoria denota una reducción de las garantías fundamentales, lo que no se admite, razón por la cual la prueba debe tener declarada su ilegalidad, así como la demás elementos probatorios que contenga se deriven, por incumplimiento de la cadena de custodia. En cuanto a la metodología, utilizada en la fase de Investigación fue la Inductiva; en la fase de tratamiento de datos se utilizó la cartesiana y, en el Informe de Investigación, la base lógica inductiva. En las diversas fases de la Investigación se utilizaron las Técnicas de Investigación de Referente, Categoría, Concepto Operacional y Bibliográfica.

Palabras clave: Globalización. Delincuencia Transnacional. Transnacionalidad Evidencial. Cooperación Jurídica Internacional. Cadena de Custodia para Evidencia Penal.

INTRODUÇÃO

O **objetivo institucional** da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica – CMCJ em convênio com a Faculdade Católica de Rondônia – FCR vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, conceito CAPES 6.

O seu **objetivo científico** é, a partir da implementação do novo instituto da cadeia de custódia da prova penal, introduzido na legislação processual penal brasileira pela Lei nº 13.496/19, analisá-lo no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria penal, mais precisamente investigar a necessidade, ou não, de observância das regras de cadeia de custódia agora positivadas na legislação processual penal brasileira para que a prova produzida no exterior possua validade ao ser admitida no sistema legal interno.

Deste modo, para alcançar o objetivo geral proposto, estabelece-se como **objetivos específicos**: (i) contextualizar o fenômeno da criminalidade transnacional e analisar o instituto da cooperação jurídica internacional como mecanismo hábil ao seu processamento; (ii) analisar o direito à prova no processo penal e o novel instituto da cadeia de custódia acrescido à legislação processual penal brasileira, e; (iii) verificar se a inobservância das regras de cadeia de custódia da prova penal pelo Estado requerido no âmbito da cooperação jurídica internacional invalida as provas produzidas no exterior quando o Brasil figurar como Estado requerente.

O relatório consolidado de cooperação jurídica internacional do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), vinculado à Secretária Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça e Segurança Pública do Governo Federal, com dados atualizados até 31 de março de 2019, registrou um número de 1.912 novos pedidos de cooperação jurídica internacional em matéria penal somente no ano de 2016, 2.329 pedidos no ano de 2017, 2.438 pedidos em 2018, e 535 no pequeno interregno de 01 de janeiro a 31 de março de 2019¹⁹.

¹⁹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretária Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. **Indicadores DRCI/SNJ/MJSP – 2019**.

Destaca-se, ainda, que o relatório apresenta uma constância no crescimento anual do número de novos pedidos de cooperação jurídica internacional ativa em matéria penal nos últimos 10 (dez) anos e uma significativa intensificação no número de novos pedidos a partir do ano de 2015 – o que, invariavelmente, indica efeitos reflexivos à deflagração da Operação Lava Jato.

Este significativo aumento no número de novos pedidos de cooperação jurídica internacional em matéria penal é sintomático, haja vista que denuncia uma das principais consequências negativas da sociedade globalizada: a delinquência transnacional.

A delinquência transnacional, assim como a transnacionalização, trata-se de fenômeno reflexivo da globalização, ou seja, a criminalidade transnacional nasce no contexto do movimento multidimensional da globalização. Neste sentido, “os conceitos clássicos de território e soberania foram sendo redefinidos, com um aumento do intercâmbio entre os Estados. A criminalidade acompanhou esses deslocamentos transfronteiriços”²⁰.

Diante da complexidade e consequências da delinquência transnacional é inequívoco que os Estados cada vez mais procurem estabelecer acordos de cooperação jurídica internacional como único caminho viável ao enfrentamento da criminalidade transfronteiriça. Há autores, como SCHÜNEMANN, que inclusive defendem a existência de um processo penal transnacional²¹; outros o denominam de processo penal internacional²². No entanto, independentemente da nomenclatura conferida, fato é que urge a necessidade de estabelecer pesquisas científicas que objetivem harmonizar o enfrentamento da delinquência transnacional, por meio da

p. 11. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/estatisticas/arquivos/IndicadoresDRCI2019MaroCooperacaoJuridicaInternacional.pdf>>. Acessado em 30 ago. de 2020.

²⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional. *In* VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo; SILVEIRA, Edson Damas da. **Prova penal: Estado Democrático de Direito**. Santa Catarina: Rei dos Livros e Empório do Direito, 2015. p. 51.

²¹ SCHÜNEMANN, Bernd. As bases do processo penal transnacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 90/2011, p. 189 a 208. Maio - Jun/2011.

²² FERNANDES, Antonio Scarance. O direito processual penal internacional. *In* ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; VILARES, Fernanda Regina (Org.). **Direito processual penal internacional**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 4.

cooperação jurídica internacional, com os direitos e garantias fundamentais daquele que suporta as consequências dessa cooperação.

Diante das considerações realizadas, tem-se que qualquer pesquisa científica que se propõem a pesquisar os temas processo penal transnacional e jurisdição transnacional em matéria penal, por si só, possui relevância acadêmica por tratar-se de tema embrionário.

No entanto, a pesquisa que ora propõe-se possui uma delimitação específica do tema-problema, busca analisar a atividade probatória transnacional, mais especificamente: verificar a necessidade de observância das regras de cadeia de custódia da prova penal asseguradas pela legislação processual penal brasileira para provas produzidas no exterior, por meio de cooperação jurídica internacional.

O instituto da cadeia de custódia da prova, para GERALDO PRADO, “nada mais é que um dispositivo dirigido a assegurar a fiabilidade do elemento probatório, ao colocá-lo sob a proteção de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória”²³, destaca-se que “a função da cadeia de custódia [...] consiste em estabelecer o mecanismo de prospecção e preservação das provas que deverão estar disponíveis para as partes”²⁴.

Portanto, tendo em vista que na grande maioria das vezes a produção probatória no âmbito de cooperação jurídica internacional envolve métodos ocultos e técnicas especiais de investigação (TIES), sobretudo provas digitais, buscar-se-á investigar a valoração e validade das provas obtidas por intermédio de cooperação jurídica internacional, diante da necessidade de observância pelo Estado-cooperante das regras de controle epistêmico da prova exigidas pela legislação brasileira (cadeia de custódia)²⁵.

²³ PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. - 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 86.

²⁴ PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. - 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 87.

²⁵ “É crucial que meios de obtenção de prova e o material colhido sejam preservados integralmente, principalmente quando se tratar de provas obtidas por meios ocultos, como a interceptação telefônica e telemática, em que a manutenção da cadeia de custódia se torna verdadeira condição de validade”.

Neste contexto, o **problema de pesquisa** estabelecido é: há necessidade de que o Estado requerido, no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria penal, observe as regras de cadeia de custódia do processo penal brasileiro para que a prova possua validade internamente quando o Brasil figurar como Estado requerente?

Para a pesquisa, parte-se da **hipótese** de que a cooperação jurídica internacional não pode constituir redução de garantias fundamentais, e, portanto, a produção probatória no estrangeiro deve, necessariamente, observar as garantias fundamentais asseguradas pelo ordenamento jurídico interno.

Os resultados do trabalho de exame da hipótese serão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

No Capítulo 1, será estabelecido uma interlocução entre globalização, criminalidade transnacional e o instituto da cooperação jurídica internacional em matéria penal como um mecanismo jurídico transfronteiriço hábil ao enfrentamento da delinquência transnacional, que desafia a soberania nacional dos Estados e tem exigido cada vez mais o dever de cooperação entre as nações.

O Capítulo 2, por sua vez, buscará analisar o instituto da cadeia de custódia da prova penal, localizando-o desde o estudo do direito à prova no processo penal até a necessidade de estabelecimento de mecanismos de controle epistêmico que permitam alcançar maior grau de epistemologia probatória, bem como analisar as novas disposições dos arts. 158-A a 158-F do CPP que inauguraram o instituto na legislação processual penal brasileira.

O Capítulo 3, por fim, dedicar-se-á a realizar uma análise jurídica acerca da (des)necessidade de que o Estado requerido, no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria penal, observe as regras de cadeia de custódia asseguradas

pela legislação processual penal brasileira para que a prova produzida no exterior possua validade ao ser admitida no sistema legal interno

O Relatório de Pesquisa encerrará com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da Dissertação, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a atividade probatória transnacional e proposições acerca da aplicação da cadeia de custódia da prova penal no âmbito da cooperação internacional.

Quanto à metodologia²⁶, foram considerado os parâmetros²⁷ adotados pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

O método a ser utilizado na fase de Investigação foi o Indutivo²⁸; na fase de tratamento de dados, o Cartesiano²⁹, e, no Relatório de Pesquisa, foi empregada a base lógica indutiva. Nas diversas fases da Pesquisa³⁰ foram acionadas as Técnicas do Referente³¹, da Categoria³², Conceito Operacional³³ e da Pesquisa Bibliográfica.

²⁶ “[...] postura lógica adotada bem como os procedimentos que devem ser sistematicamente cumpridos no trabalho investigatório e que [...] requer compatibilidade quer com o Objeto quanto com o Objetivo”. In PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed. rev. atual. amp.- Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 69.

²⁷ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed. rev. atual. amp.- Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

²⁸ Compreendido como a maneira ou forma de “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. In PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed. rev. atual. amp.- Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 86.

²⁹ O método cartesiano, segundo Cesar Luiz Pasold, pode ser sintetizado em quatro regras “[...] 1. duvidar; 2. decompor; 3. ordenar; 4. classificar e revisar. Em seguida, realizar o Juízo de Valor”. In PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed. rev. atual. amp.- Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 204.

³⁰ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed. rev. atual. amp.- Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 85 a 90.

³¹ Denomina-se referente “[...] a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa”. In PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed. rev. atual. amp.- Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 54.

³² “Entende-se por categoria a “[...] palavra ou expressão estratégia à elaboração e/ou à expressão de uma ideia”. In PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed. rev. atual. amp.- Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 25.

³³ “Por conceito operacional entende-se a “[...] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias expostas”. In PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed. rev. atual. amp.- Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 198.

CAPÍTULO 1

GLOBALIZAÇÃO, CRIMINALIDADE TRANSNACIONAL E COOPERAÇÃO JURIDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL COMO MECANISMO TRANSFRONTEIRIÇO DE PERSECUÇÃO CRIMINAL

1.1. GLOBALIZAÇÃO E CRIMINALIDADE TRANSNACIONAL

A Globalização é fenômeno relativamente novo, com intensificação de discussões próximo à virada do Século XX para o XXI, e, desde então, tem sido a ordem do dia no âmbito das ciências sociais. O termo “globalização” denota variados sentidos, mas, em suma, está associado à ideia de “um processo dialético que produz as conexões e os espaços transnacionais e sociais, a desnacionalização, a experiência cotidiana da ação sem fronteira”³⁴⁻³⁵.

ZYGMUNT BAUMAN observa que para muito além das discussões acerca dos possíveis benefícios e/ou malefícios ocasionados pelo fenômeno da globalização, fato é que se trata de “destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo ‘globalizados’ – e isso significa basicamente o mesmo para todos”³⁶.

Alguns autores, contudo, diferenciam as categorias “globalização” e “transnacionalização”, que muito embora sejam umbilicalmente interligadas, ainda assim denotam diferentes facetas do atual estágio da modernidade. Para estes, o fenômeno da transnacionalização constitui, em verdade, um movimento reflexivo ao

³⁴ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalidade da dimensão jurídica. In CRUZ, Paulo Márcio. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 20.

³⁵ A nível sociológico temos a globalização como a “intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa”. In GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. – São Paulo: Editora UNESP, 1991. p. 60.

³⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 6.

intenso processo de globalização vivenciado no Século XXI³⁷.

STELZER, por exemplo, conceitua globalização como “um processo paradigmático, multidimensional, de natureza eminentemente econômico-comercial, que se caracteriza pelo enfraquecimento soberano do Estados-nacionais e pela emergência dos novos focos de poder transnacional”³⁸. O que é intensificado por outros fenômenos secundários como a diminuição dos custos de transporte e telecomunicação, comércio, desenvolvimento tecnológico e, sobretudo, a expansão do capital. Por outro lado, a transnacionalização pode ser concebida como um evento reflexivo ao processo de globalização, pois “se evidencia pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais, fomentando por sistema econômico capitalista ultravalorizado, que articula ordenamento jurídico mundial à margem das soberanias dos Estados”³⁹.

Deste modo, em suma, a globalização pode ser compreendida como uma concepção de “mundo interligado”, “conectado”, com uma intensa redução da perspectiva espaço-tempo⁴⁰. A transnacionalidade, por sua vez, está atrelada à referência de um Estado permeável, aqui a fronteira dos Estados – que outrora era tido como uma característica absoluta e indisponível inerente à sua soberania – passa a ser relativizada e transpassada; a internet, o capital, dentre outros fenômenos, não a respeitam, o que denota, nas palavras de STELZER, um declínio estatal⁴¹. O fenômeno da transnacionalização constitui, portanto, uma das facetas da

³⁷ “Fenômeno reflexivo porque a transnacionalidade caracteriza-se pela permeabilidade estatal e criação de uma terceira dimensão social, política e jurídica, que perpassa a realidade nacional, mas que não se confunde com ligação ponto-a-ponto da internacionalidade. Assim, enquanto a globalização é o fenômeno envolvente, a transnacionalidade é a nascente de um terceiro espaço, inconfundível com o espaço nacional ou internacional”. Nota de Rodapé n. 17 In STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In. CRUZ, Paulo Márcio (org). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 21.

³⁸ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In. CRUZ, Paulo Márcio (Org). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 19.

³⁹ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In. CRUZ, Paulo Márcio (Org). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 21.

⁴⁰ “[...] *globalización es un concepto relacionado con las ideas de “compresión” del tiempo y del espacio, comunicación en tiempo real, disolución de fronteras geográficas, multilateralismo político y policentrismo decisorio*”. In FARIA, José Eduardo. La globalización económica y sus consecuencias jurídicas: diez tendencias del Derecho contemporáneo”. In ALONSO, Esteban Pérez; GARCÍA, Estanislao Arana; PACHECO, Pedro Marcado; MORENO, José Luis Serrano (coords.). **Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. p. 18.

⁴¹ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In. CRUZ, Paulo Márcio (Org). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 21.

globalização, reforça-se assim a ideia de permeabilidade dos Estados, ou seja, a transnacionalização valoriza características específicas da globalização, especialmente o transpasse das fronteiras nacionais.

Fenômenos como globalização e transnacionalização colidem frontalmente com a perspectiva clássica do direito penal iluminista, sobretudo naquilo que preceitua o postulado do princípio da territorialidade, onde partia-se da premissa de que as atividades criminosas se limitavam a iniciar e produzir efeitos dentro do próprio território nacional. Atualmente é possível perceber “uma verdadeira tendência [...] em ‘relativizar o princípio de territorialidade’ em favor do chamado ‘princípio de justiça universal’, introduzindo mudanças consideráveis em temas como da extradição e da dupla jurisdição penal”⁴². Em idêntico sentido, NEREU GIACOMOLLI assevera que “os conceitos clássicos de território e soberania foram sendo redefinidos, com um aumento do intercâmbio entre os Estados. A criminalidade acompanhou esses deslocamentos transfronteiriços”⁴³.

PAULO MARCIO CRUZ e ZENILDO BODNAR asseveram que “a globalização só terá sentido e será verdadeiramente universal se for capaz de estruturar e criar um conjunto de relações de um novo tipo, mais solidário, inclusivo e democrático, tendo em vista que nada foi construído pela humanidade sem um sonho ingênuo ou horizonte utópico de sentido”⁴⁴.

ERIC HOBBSBAWN observa que a intensificação dos processos de mobilidade que decorrem da globalização tornou extremamente difícil para os governos a tarefa de controlar tudo o que entra e sai de seus respectivos territórios – de pessoas a coisas⁴⁵. O autor traz o exemplo específico da entrada e saída de contêineres de um

⁴² JESUS, Damásio de E. Criminalidade Organizada: tendências e perspectivas modernas em relação ao direito penal transnacional. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 31/2000. p. 137 – 143. Jul - Set. p. 2.

⁴³ GIACOMOLLI, Nereu José. Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional. *In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo; SILVEIRA, Edson Damas da. Prova penal: Estado Democrático de Direito*. Santa Catarina: Rei dos Livros e Empório do Direito, 2015. p. 51.

⁴⁴ CRUZ, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais. *In CRUZ, Paulo Márcio (org). Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 68.

⁴⁵ HOBBSBAWN, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 144.

Estado; é tecnicamente impossível ter um controle efetivo que dê condições mínimas de identificar o conteúdo da fração de cada produto que se encontra dentro de um contêiner. Segundo dados da Confederação Nacional dos Transportes (CNT), somente no Brasil, no ano de 2018, entraram e saíram aproximadamente 10,3 milhões de contêineres⁴⁶. É neste contexto que surge a criminalidade transnacional como mais um dos efeitos reflexivos (negativos) da globalização⁴⁷.

STAFFEN esclarece que “os processos de globalização de maneira crescente criaram um mercado mundial, uma nova ordem supra e transnacional que permite a livre circulação de capitais, mercadorias, bens e serviços”⁴⁸

A criminalidade transnacional se vale da permeabilidade ocasionado pela transnacionalização e, juntamente com o capital, consegue perpassar pelas fronteiras, se valendo das fragilidades do processo de globalização.

Outro fator que acompanha o processo de globalização e tem permitido uma ampliação da criminalidade para além das fronteiras é, sem sombra de dúvidas, a internet. A inexistência de fronteiras no mundo digital permite que alguém, a partir de qualquer país, possa cometer crimes que produzam efeitos em qualquer outro local do mundo, ainda que extremamente remoto, sendo necessário apenas que ambos estejam conectados à rede mundial de computadores. Ressalta-se que muito embora

⁴⁶ Movimentação de contêineres no Brasil deve crescer 6,5% ao ano. **Agência CNT – transporte atual**, Brasília/DF, 21 de março de 2019. Disponível em: <<https://cnt.org.br/agencia-cnt/movimentacao-containeres-brasil-crescer>>. Acessado em 29 de maio de 2022.

⁴⁷ “Assim, como efeito colateral dessa denominada sociedade global, verificou-se uma acelerada e contínua dispersão geográfica da criminalidade. É necessário esclarecer, entretanto, que a criminalidade com uma dimensão transnacional não é um fenômeno contemporâneo, sendo possível identificar menções à pirataria desde os poemas épicos e em legislações da civilização grega e do antigo império romano. Todavia, é inegável que a intensificação do fluxo de pessoas, mercadoria e capitais no âmbito internacional fez surgirem novas modalidades criminosas e favoreceu a proliferação de múltiplas formas de delitos”. SOUZA, Isac Barcelos Pereira de. **Equipes conjuntas de investigação na cooperação jurídica internacional em matéria penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 27 - 28; Kevonne Small e Bruce Taylor explicam que “*Transnational crime is not a modern fenômeno. Transnational crimes have been perpetrated for as long as borders have separated neighboring countries. What is new about transnational crime, particularly during the last several decades, is the scope and magnitude of activity and the increasing impact that it is having*” In SMALL, Kevonne; TAYLOR, Bruce. State and local law enforcement response to transnational crime. **Trends in Organized Crime**, v. 10, n. 2, p. 5 – 17, 2006, p. 5.

⁴⁸ STAFFEN, Marcio Ricardo. Hegemonia e o direito transnacional? In **Revista Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica, Vol. 20, n. 3., Set-Dez 2015. p. 1.170. Disponível em: <<https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/8394>>. Acessado em 24 de jul. de 2022.

a criminalidade digital possa acontecer em qualquer “camada da internet”, é nas camadas mais profundas como “*Deep Web*” e “*Dark Web*” onde ocorre maior número de crimes em âmbito informático, sejam eles crimes informáticos próprios (que somente podem ocorrer em âmbito digital) ou impróprios (que embora possam ser cometidos fora do âmbito digital, também é possível que sejam cometidos ali).

Isto se dá porque as camadas mais profundas da internet permitem um maior nível de anonimato, o que as torna ambiente propício para o cometimento de crimes. Não é difícil encontrar na *Deep* e *Dark Web* crimes como pornografia infantil, comércio internacional de armas e drogas, terrorismo, experiências humanas, segredos de governo, matadores de aluguel e, inclusive, tráfico de órgãos e pessoas⁴⁹.

A história recente nos permite recordar diversas atividades criminosas de caráter transnacional que tiveram acentuada visibilidade e comoção mundial, v.g.: (i) o “Cartel de Medellín”, complexa rede internacional de tráfico de drogas sediada na Colômbia e que operava em países como Bolívia, Peru, Honduras, Estados Unidos, Brasil, Canadá, continente europeu como um todo, e existiu de meados de 1972 a 1993, ano que seu líder foi assassinado, Pablo Escobar, amplamente reconhecido como o maior traficante de drogas de todos os tempos; (ii) a “Al-Qaeda”, organização fundamentalista islâmica internacional, responsável por diversos ataques terroristas em todo mundo, incluindo o ataque de 11 de setembro de 2001 ao World Trade Center, nos Estados Unidos, que culminou na morte de 2.996 pessoas.

A preocupação com a criminalidade transnacional é tamanha que em 2000 a Organização das Nações Unidas promoveu a “Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional”, popularmente conhecida como “Convenção de Palermo”, onde 123 países foram signatários, incluindo o Brasil, e objetivou-se estabelecer acordo de cooperação jurídica internacional entre todos os Estados signatários. A referida convenção propôs, inclusive, parâmetros objetivos para definir se determinada infração será, ou não, classificada como de caráter

⁴⁹ ALVES, Flaviano de Souza. A criminalidade na *Deep Web*. In **Revista da Escola Superior de Guerra**, v. 33, n. 67, p. 123-141, jan./abr. 2018.

transnacional (art. 3º, item 2, da Convenção de Palermo, recepcionado pelo Brasil no Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004):

Art. 3º (*omissis*):

[...]

2. Para efeitos do parágrafo 1 do presente Artigo, a infração será de caráter transnacional se:

- a) For cometida em mais de um Estado;
- b) For cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planeamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado;
- c) For cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou
- d) For cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutro Estado.

O conceito de “crimes transnacionais” geralmente está associado à ideia de “atos considerados infrações penais por 2 (dois) ou mais países”⁵⁰ ou “*delitos cuya iniciación, prevención y/o efectos directos o indirectos afectan a más de um país*”⁵¹.

No Brasil, ISAC SOUZA propõe uma acepção de crimes transnacionais ao tratar de “ilícitos com repercussão material e/ou jurídica além das fronteiras de um único Estado”⁵²⁻⁵³. Nesta perspectiva, SOUZA defende que a referida repercussão material ou jurídica ocorrerá nas seguintes hipóteses: *i*) prática de atos de execução no território de dois ou mais Estados; *ii*) prática de atos de execução no território de um único Estado, mas que a preparação, planejamento, a direção e/ou o controle da execução se deem em outro(s) Estado(s); ou *iii*) prática de atos de execução no

⁵⁰ BOSSARD, André. *Transnational crime and criminal law*. Chicago: University of Illinois at Chicago, 1990. p. 5.

⁵¹ Documento de la Organización de las Naciones Unidas A.CONF.169/15/Add.1 (1995).

⁵² SOUZA, Isac Barcelos Pereira de. **Equipes conjuntas de investigação na cooperação jurídica internacional em matéria penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 31.

⁵³ “Observa-se que considerações relativas à *natureza dos crimes* (v.g., crimes graves, crimes violentos, ou crimes empresariais), aos *agentes que os cometem* (v.g., integrante de organização criminosa ou nacional de mais de um país), ou, ainda, aos *motivos de sua prática* (v.g., intenção de lucro ou razões políticas) ou ao *alcance das leis penais* nacionais em relação a esses fatos (v.g., sujeitos à jurisdição dos países afetados ou ser considerado crime em dois ou mais países) não integram o conceito ora exposto. Curiosamente, apenas o emprego de uma definição ‘simplificada’ de *crime transnacional* é capaz de abarcar uma gama tão variada de ilícitos penais, que compreende desde o tráfico internacional de drogas e pessoas até os crimes cibernéticos em suas inúmeras expressões (v.g., pedofilia, racismo ou fraude bancária) pirataria, contrabando, lavagem de dinheiro e diversas outras modalidades criminosas que se expandem além do território de um único do Estado”. In SOUZA, Isac Barcelos Pereira de. **Equipes conjuntas de investigação na cooperação jurídica internacional em matéria penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 31.

território de um único Estado, com ocorrência (ou projeção) de efeitos em outro(s) Estado(s)⁵⁴.

NEIL BOISTER, por sua vez, assevera que existem algumas características comum à delinquência transnacional: *i)* são delitos comum; *ii)* perseguem uma finalidade econômica; *iii)* podem perseguir um fim político; *iv)* criminalidade organizada, e; *v)* criminalidade globalizada⁵⁵. Razão assiste SOUZA⁵⁶ ao afirmar que a criminalidade transnacional pode ou não ser organizada, em contrariedade às características defendidas por BOISTER, isto porque é plenamente possível que um indivíduo cometa um delito que possua repercussão em mais de um Estado sem que, necessariamente, esteja inserido em uma organização criminosa.

Uma confusão comum ao tratar do estudo da “criminalidade transnacional” é sua proximidade com o conceito de “crimes internacionais”, dado que muito embora trate-se de fenômenos semelhantes, alguns autores estabelecem distinções. DONDÉ MATUTE, por exemplo, defende que *“los delitos transnacionales no protegen bienes jurídicos internacionales, sino que simplemente tendrían algún elemento de internacionalidad. Ese elemento puede darse de muchas maneras, sobre todo a raíz de la globalización y de las facilidades de la comunicación”*⁵⁷. Ou seja, os delitos internacionais seriam aqueles que protegem bens jurídicos internacionais – próprios do direito internacional, v.g.: genocídio e crimes contra a humanidade, crimes de

⁵⁴ “Além disso, faz-se necessário adotar um conceito que abranja também a prática de *atos preparatórios* em um país e *resultado material* (projetado ou ocorrido) em outro. Neste ponto, para além dos atos preparatórios constituírem a primeira fase do *iter criminis*, é indene de dúvidas que algumas atividades criminosas, ainda que meramente locais, podem expandir seus efeitos para outros países, ou constituírem circunstâncias imprescindíveis à ocorrência de um ilícito nesse local”. In SOUZA, Isac Barcelos Pereira de. **Equipes conjuntas de investigação na cooperação jurídica internacional em matéria penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 32.

⁵⁵ BOISTER, Neil. **Na introduction to Transnational Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

⁵⁶ “A comprovar a Independência das categorias, apresentam-se os seguintes exemplos: (i) um grupo criminoso estável e estruturado, especializado em furtos a caixas eletrônicos no estado de São Paulo; e (ii) um indivíduo, sem nenhum vínculo com uma organização criminosa, que dissemina conteúdo pornográfico infantil na internet. No primeiro exemplo, tem-se uma hipótese típica de *crime organizado* sem traço algum de transnacionalidade, ao passo que, no segundo, verifica-se um *crime transnacional* sem nenhum elemento que aponte para a participação de uma organização criminosa”. In SOUZA, Isac Barcelos Pereira de. **Equipes conjuntas de investigação na cooperação jurídica internacional em matéria penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 34.

⁵⁷ DONDÉ MATUTE, F. Javier. **Derecho penal internacional**. México: Oxford University Press, 2008, p. 14. Tradução livre: “os crimes transnacionais não protegem os bens jurídicos internacionais, mas simplesmente possuem algum elemento de internacionalidade. Esse elemento pode ocorrer de várias formas, principalmente em decorrência da globalização e das facilidades de comunicação”.

guerra, terrorismo, dentre outros –, enquanto os delitos transnacionais, seriam aqueles que produzem efeitos e repercutem em mais de um Estado.

ZAFFARONI, ALAGIA e SLOKAR⁵⁸, por sua vez, distinguem as categorias “direito internacional penal” e “Direito Penal Internacional”. Na classificação dos autores a categoria direito internacional penal é afeta ao direito internacional público, enquanto a categoria Direito Penal Internacional estaria incumbida de tipificar e sancionar violações ao direito internacional privado. Em que pese a referida distinção, tem-se que “na verdade é extremamente artificial se separar um ramo do Direito em interno ou internacional, vez que atualmente não há mais qualquer ramo do Direito que não seja internacionalizado”⁵⁹, o que também é defendido por JAPIASSÚ⁶⁰.

Há também, no âmbito do direito penal econômico, a categoria Direito Penal Internacional Econômico que é definida por KAI AMBOS como “a parte do Direito Penal Internacional (DPI) que se ocupa com os comportamentos praticados por empresas ou por seus responsáveis que constituem violação às normas penais de Direito Internacional”⁶¹.

Seguindo na linha de distinção entre os bens jurídicos assegurados pelo Direito Internacional Penal e Direito Penal Internacional, KAI AMBOS afirma que a referida distinção também impacta a definição de Direito Penal Internacional Econômico e Direito Penal Econômico (nacional, transnacional ou internacional). Para o autor, este último “se dirige à proteção de bens jurídicos do âmbito econômico (por exemplo, da concorrência/da economia popular, do patrimônio individual ou coletivo,

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General**. 2. ed., Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 195.

⁵⁹ MELLO, Celso Renato D. de Albuquerque. **Direito Penal e Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 15.

⁶⁰ “[...] no Direito Penal Internacional atual não há a preponderância de normas internas, nem a de normas internacionais para a determinação de sua denominação. No seu âmbito, são encontráveis tanto normas internacionais como, por exemplo, as previstas pelos tratados e convenções, quanto normas de direito interno com conotação internacional. Assim sendo, não há que se falar em um ‘Direito Internacional Penal’ destinado a conter as normas internacionais relativas a fatos que firam a ordem pública internacional ou que constituam infrações ao direito das gentes. Da mesma forma, a expressão ‘Direito Penal Internacional’ não deve ser reservada, apenas, às normas penais internas com conotação internacional. Daí porque autores contemporâneos, como Bassiouni, Lombois e Koering-Joulin preferem a expressão Direito Penal Internacional”. In JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal Internacional**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 19.

⁶¹ AMBOS, Kai. **Direito Penal Internacional Econômico: fundamentos da responsabilidade penal das empresas**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 21.

nacional ou transnacional)”⁶². Já o primeiro “protege os mesmos bens jurídicos que o Direito Penal Internacional em geral, ou seja, os interesses fundamentais da comunidade internacional, em especial, a paz mundial e a segurança internacional, assim como os direitos humanos”⁶³.

Estabelecidas estas considerações preliminares, esclarece-se que na presente pesquisa, ao utilizar a categoria delitos transnacionais ou internacionais, não se adota os referenciais teóricos que fazem distinção entre condutas que violam normas estritamente internacionais ou que violem normas penais internas, mas que produzam efeitos em mais de um Estado.

1.2. É POSSÍVEL CONCEBER UM PROCESSO PENAL INTERNACIONAL (OU TRANSNACIONAL)?

ANTONIO SCARANCE FERNANDES define o Direito Processual Penal Internacional como o “estudo do Direito Processual em face de sua projeção externa, além dos limites estreitos de um único Estado, configurando, em suma, um novo método de enfoque do direito processual, cada vez mais”⁶⁴.

Embora haja registros históricos acerca da existência de tratados que já previam a extradição em 1.280 a.C., entre o então Faraó do Egito, Ramsés II, e o rei dos hititas, Hatussili, o que foi sucedido com a necessidade de criminalização e normatização de procedimentos acerca da regulamentação de guerras e conflitos armados, bem como de atos atentatórios a bens jurídicos de interesse internacional, conforme observa SCARANCE⁶⁵, tem-se que a intensificação das discussões acerca do

⁶² Idem, p. 23.

⁶³ Idem, p. 23.

⁶⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. O direito processual penal internacional. In ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; VILARES, Fernanda Regina (Org.). **Direito processual penal internacional**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 4.

⁶⁵ “Aponta-se, como primeira regra de Direito Penal Internacional, o acordo sobre extradição em um tratado de paz celebrado em 1280 a.C. entre Ramsés II do Egito e Haussili, rei dos hititas, embora se esclareça que, antes, existiam normas sobre asilo. Foi principalmente em torno do tema extradição que girou a história do Direito Penal Internacional até os primórdios da Idade Moderna, quando surgiram regras especiais sobre aplicação extraterritorial das normas internas de natureza penal, inseridas nos Códigos Penais da Alemanha e da França, no século XIX, e, também, no Código Penal brasileiro de

direito processual penal internacional só se deu mais recentemente, a partir do surgimento dos fenômenos da globalização – e expansão do capital –, isto porque “a internacionalização do crime levou à internacionalização da sua prevenção e repressão”⁶⁶.

Há, neste contexto, um aspecto importante a ser ressaltado: a grande novidade não é a criminalidade que supera as barreiras de um único Estado, mas, sim, o impacto que a globalização e a expansão do capital causaram à criminalidade transnacional.

Isto porque a história possui diversos exemplos de julgamentos criminais que já superavam a barreira de um único Estado, e, portanto, poderiam ser definidos como “transnacionais”. Um dos principais ou talvez o principal exemplo tenha sido o denominado “Tribunal do Santo Ofício”, também conhecido como “Santa Inquisição”, que foi instituído pela Igreja Católica em meados do século XII, inicialmente na França, mas que, logo em seguida, irradiou-se para diversos outros Estados.

Os “Tribunais do Santo Ofício” não eram permanentes, sendo criados a partir de denúncias locais de casos de heresias, mas, não raras as vezes, eram utilizados para julgar pessoas de outras regiões que eram presas e levadas ao tribunal, sobretudo pela prática de outras religiões, como a mulçumana.

Superado este breve apanhado histórico, SCARANCE assevera que o campo de estudo do direito processual penal internacional é bastante amplo e pode ser categorizado em 5 (cinco) setores.

O primeiro setor tratar-se-ia do estudo das regras processuais penais previstas em tratados e convenções internacionais que, com o tempo, passaram a ser internalizadas pelos Estados signatários.

1890 (art. 5º)”. In FERNANDES, Antonio Scarance. O direito processual penal internacional. In ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; VILARES, Fernanda Regina (Org.). **Direito processual penal internacional**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 4.

⁶⁶ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 16 - 17.

A análise das normas previstas em textos internacionais pode ser temporalmente dividida em dois momentos⁶⁷: i) inicialmente houve grande apelo para que os Estados positivassem em seus respectivos ordenamentos jurídicos normas de cunho garantista, em proteção aos direitos humanos, como devido processo legal, presunção de inocência, imparcialidade, juiz natural, necessidade de julgamento em tempo razoável, e, após; ii) sucedeu-se movimento de cunho repressivo, onde passou a exigir que os Estados adotassem mecanismos processuais que representam diminuição de garantias fundamentais em nome do pretense combate à criminalidade organizada, transnacional e que denote atentado grave aos direitos humanos, v.g. sequestro e perda ou confisco de bens, inversão do ônus da prova, técnicas aprimoradas de investigação, rigor nas prisões cautelares e no cumprimento da pena etc.⁶⁸

O segundo setor do direito processual penal internacional seria “dirigido ao estudo das regras processuais dos tribunais penais internacionais, especialmente as do Tribunal Penal Internacional”, defende que neste aspecto “importa ver o caminho desenvolvido até a criação desse tribunal e as normas que regularam as atuações dos tribunais formados para julgamentos de crimes praticados em determinadas regiões”⁶⁹.

Já o terceiro setor teria como objeto de estudo o denominado “processo penal comunitário ou regional” – bem como os Tribunais Regionais –, o qual tem como principal experiência mundial o modelo de direito processual penal comunitário europeu, que tem sido promovido no velho continente por intermédio União Europeia

⁶⁷ “Foram duas as linhas de gestação das normas processuais penais das convenções e dos tratados internacionais: a primeira produziu regras de proteção dos direitos humanos com o intuito de estabelecer paradigmas para o processo penal justo; a segunda cunhou regras de matriz repressivo com o objetivo de estimular os Estados a instituírem preceitos destinados à persecução eficiente de determinados tipos de crimes”. In FERNANDES, Antonio Scarance. O direito processual penal internacional. In ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; VILARES, Fernanda Regina (Org.). **Direito processual penal internacional**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 6.

⁶⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. O direito processual penal internacional. In ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; VILARES, Fernanda Regina (Org.). **Direito processual penal internacional**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 6 - 10.

⁶⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. O direito processual penal internacional. In ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; VILARES, Fernanda Regina (Org.). **Direito processual penal internacional**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 24.

– UE; cumprindo ressaltar, no entanto, que entre os países ibero-americanos há uma discussão incipiente acerca do Código Modelo para Ibero-América⁷⁰.

Especificamente acerca da experiência europeia, SCHUNEMANN assevera que a “liberdade de circulação dentro da UE, a unificação da vida econômica e a ampla homogeneização das condições de vida conduziram ao desenvolvimento de um espaço criminal-geográfico unitário, que demanda uma organização jurídico-penal e um controle social que reflitam esta realidade”⁷¹.

Contudo, embora concorde com a necessidade de um processo penal comunitário europeu, o autor tece duras críticas aos métodos que tem sido empregado pelo Tribunal de Justiça Europeu, sobretudo em razão de decisões que tem representado redução de garantias clássicas do direito penal iluminista, amplamente consolidadas, e redução de garantias processuais penais⁷².

⁷⁰ “[...] o Código-tipo não constitui um projeto de tratado internacional a ser ratificado, mas suas disposições estabelecem diretrizes para a elaboração das legislações dos países ibero-americanos relativas à *cooperação interjurisdiccional*”. In SOUZA, Isac Barcelos Pereira de. **Equipes conjuntas de investigação na cooperação jurídica internacional em matéria penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 119; “[...] a uniformidade legislativa de comunidades culturais homogêneas, assentadas sobre bases comuns e sem prejuízo das características próprias de cada país, constitui uma velha aspiração que retoma alento com a ênfase contemporânea à necessidade de integração cultural e política dos Estados em comunidades supranacionais (comunidade europeia, ibero luso-americana, latino-americana etc.). Mas a busca de uniformização, tendo contra si as resistências nacionalistas, constitui um processo lento, sem resultados imediatos e concretos, aconselhando a elaboração de propostas de integração imediatamente operantes, ainda que menos ambiciosas. É este o sentido de um Código-Modelo, configurando um modelo institucional que serve de uma proposta básica, mas ao mesmo tempo concreta e operativa, dos mecanismos aptos a solucionar pacificamente os conflitos sociais, por intermédio dos órgãos jurisdicionais”. In GRINOVER, Ada Pellegrini. **Lineamentos gerais do novo processo penal na América Latina: Argentina, Brasil e Código modelo para Ibero-América**. In GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Forense, 1998. p. 206 - 207.

⁷¹ SCHUNEMANN, Bernd. As bases do processo penal transnacional. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 90/2011, p. 189 - 208. Maio - Jun. p. 2.

⁷² “O princípio segundo o qual não há crime sem lei está entre as mais antigas e importantes garantias de direito penal e, como princípio nuclear do Estado de direito, constitui uma cláusula pétrea (*Ewigkeitsgarantie*) da Lei Fundamental alemã, o que significa dizer que o legislador alemão não pode aboli-lo. Ele foi articulado em tempos pré-democráticos, mas concebido desde o seu momento inicial como uma garantia de estrita separação de poderes, o que, em uma democracia, requer a limitação do direito penal à lex parlamentaria. Disso decorre que a UE, enquanto órgão de poder estruturado de modo governamental e burocrático, não pode criar leis penais diretamente, nem pode determinar aos parlamentos nacionais que aprovem leis penais. Tais atos seriam de antemão inválidos e teriam de ser ignorados por um Estado submetido às regras do Estado de direito. Nem mesmo cunhado novas expressões de efeito como *executive law-making* (“*gubernativen Rechtssetzung*”) ou democracia de múltiplos níveis poder-se-ia escapar desta conclusão, já que se o Poder Legislativo estivesse obrigado a seguir ordem de um órgão do Poder Executivo ele não mais estaria agindo como tal. Consequentemente, tal legislação seria tão inválida como aquela aprovada sob a mira de uma arma

Dentre as principais críticas estabelecidas por SCHUNEMANN⁷³ ao modelo processual penal comunitário europeu, destaca-se: i) a necessidade de se estabelecer critérios claros de fixação de competência, de modo a permitir que apenas um Estado possua responsabilidade exclusiva pela investigação, devendo ser aquele onde ocorrer a maior parte dos atos delitivos; ii) a necessidade de se estabelecer diferentes níveis de proteção às garantias fundamentais a partir do grau de invasão das medidas cautelares (patrimoniais e pessoais) impostas ao jurisdicionado, inclusive com a necessidade de maior utilização de ferramentas tecnológicas como instrumento de garantia da liberdade (v.g. ampliação da utilização de monitoramento eletrônico em substituição às prisões cautelares e obrigatoriedade de gravar em vídeo toda e qualquer oitiva). Isto porque, geralmente, a tecnologia tem sido utilizada apenas para se estabelecer novas técnicas especiais de investigação que objetivam expandir a vigilância sobre o cidadão.

Seguindo em relação a análise do âmbito dos setores de estudo do direito processual penal internacional, conforme proposição de SCARANCE, o quarto e quinto setores dizem respeito, respectivamente, à jurisdição internacional dos países e a cooperação jurídica internacional, tema da presente pesquisa. O primeiro estaria “atrelado ao Direito Penal como tema de eficácia extraterritorial da lei penal, [...] tratado como assunto de Direito Processual”, enquanto o segundo – relativo à cooperação jurídica internacional – “constitui o campo mais antigo do processo penal internacional, pois, desde os tempos remotos, um país necessitou da colaboração de outro para atuar as suas normas de conteúdo punitivo e operar o seu sistema processual”⁷⁴.

Deste modo, passa-se à análise da cooperação jurídica internacional, sobretudo em matéria penal.

por uma junta militar após um golpe de Estado”. In SCHUNEMANN, Bernd. As bases do processo penal transnacional. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 90/2011, p. 189 - 208. Maio - Jun. p. 2 - 3.

⁷³ SCHUNEMANN, Bernd. As bases do processo penal transnacional. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 90/2011, p. 189 - 208. Maio - Jun. p. 4 - 10.

⁷⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. O direito processual penal internacional. In ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; VILARES, Fernanda Regina (Org.). **Direito processual penal internacional**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 24.

1.3. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL

Outro fenômeno que decorre do avançado estágio de globalização é a interdependência entre os Estados, seja numa perspectiva econômica, seja em razão dos riscos pelos quais o planeta todo está submetido, o que fora muito bem demonstrado por BECK, na obra *“La sociedad del riesgo”*⁷⁵ – e que restou ainda mais claro com a pandemia da Covid-19.

A criminalidade transnacional, neste mesmo contexto de interdependência, tem desafiado a soberania dos Estados e exigido novas formas de repressão. É incognoscível imaginar, por exemplo, que as formas clássicas de persecução penal, pensadas dentro dos limites geográficos da soberania dos Estados, são capazes de fazer frente à delinquência transnacional⁷⁶.

Os crimes transnacionais são classificados como “crimes plurilocais”, isto porque o planejamento destas ações delitivas, sua execução e resultado se dão para muito além das fronteiras de um único Estado, fazendo, portanto, com que as nações sejam levadas a repensar: i) o valor atribuído à soberania estatal, e; ii) a necessidade de se estabelecer cada vez mais acordos de cooperação jurídica internacional como mecanismo jurídico hábil a fim de viabilizar a persecução penal destes delitos⁷⁷. MENDONÇA analisa que “os Estados percebem que não podem tratar de casos

⁷⁵ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1998.

⁷⁶ “A criminalidade transnacional tem-se expandido a diversos tipos de crime e afeta a todas as pessoas e Estado. Por essa via, o próprio conceito de território se modificou, desmistificando a ideia do princípio da territorialidade ligado à soberania nacional. A era é da globalização social, econômica, política e cultural, onde se compartilham ideias, pensamentos e em última instância, a própria criminalidade”. In TRIUNFANTE, Luís de Lemos. *Manual de cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Coimbra: Editora Almedina, 2018. p. 15.

⁷⁷ “Correlatamente com o Direito Internacional, a cooperação jurídica internacional passa por um processo de mutação. Há não apenas uma ampliação quantitativa da cooperação internacional, mas também qualitativa. Essa ampliação se verifica em dois fatores: (i) considerando os interesses dos Estados em investigar, processar e punir condutas criminosas transnacionais; (ii) considerando os interessados do concernido”. In MENDONÇA, Andrey Borges de. *Cooperação internacional no processo penal: a transferência de processos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 36 - 37.

transnacionais isoladamente e que a persecução penal não pode mais ser vista de maneira localizada e insular, com base em um modelo de cooperação soberanista”⁷⁸.

É necessário, portanto, o auxílio mútuo entre as nações como único caminho de repressão efetivo à criminalidade transnacional. Ou seja, os Estados se tornaram reféns da criminalidade transnacional, não possuindo mecanismos jurídicos – limitados territorialmente ao âmbito de sua soberania – que possibilitem apurar, processar e impor sanções a delitos transnacionais.

CRUZ e BODNAR defendem, neste contexto, que “um mundo globalizado pressupõe novas relações de interdependência, novas necessidades, problemas e deságios igualmente novos. Pressupõe ainda novas ferramentas capaz de fazer frente aos seus atuais desafios”⁷⁹.

Deste modo, urge a necessidade de utilização da cooperação jurídica internacional como mecanismo legal viabilizador da persecução penal transfronteiriça. Busca-se, assim, que cada Estado abra mão “de parcela da sua soberania em prol da consecução de interesses de maior relevância, fortalece a celeridade, a segurança jurídica e a eficiência das medidas de investigação criminal e, em último análise, da própria prestação jurisdicional”⁸⁰.

Por essas razões, MOURA e ROSSI consideram que “por meio da cooperação policial e judicial, o Estado instrumentaliza o processo penal, viabilizando as escorregadas apurações e produção probatória relativas a crimes transnacionais, de modo a tutelar a liberdade e segurança dos cidadãos”⁸¹.

Além da própria necessidade cada vez maior de utilização da cooperação jurídica internacional, também tem sido possível verificar uma necessidade ainda

⁷⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Cooperação internacional no processo penal**: a transferência de processos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 37.

⁷⁹ CRUZ, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais. In CRUZ, Paulo Márcio (org). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 70.

⁸⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; ROSSI, Maria Paula Cassone. Desafios da cooperação jurídica internacional no processo penal. In CRUZ, Rogerio Schietti; BADARÓ, Gustavo; MADEIRA, Guilherme (Org.). **Código de processo penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. Volume 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 821.

⁸¹ Idem. p. 820.

maior de se (re)pensar novas formas e institutos jurídicos no âmbito da cooperação jurídica internacional, dado que a criminalidade transnacional se reinventa com extrema velocidade, tornando os mecanismos de repressão – não raras as vezes – defasados.

No Brasil, apenas a título demonstrativo, o relatório consolidado de cooperação jurídica internacional do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), vinculado à Secretária Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça e Segurança Pública do Governo Federal, com dados atualizados até 31 de março de 2019, registrou um número de 1.912 novos pedidos de cooperação jurídica internacional em matéria penal somente no ano de 2016, 2.329 pedidos no ano de 2017, 2.438 pedidos em 2018, e 535 no pequeno interregno de 1 de janeiro a 31 de março de 2019⁸². Destaca-se que o relatório apresenta uma constância no crescimento anual do número de novos pedidos de cooperação jurídica internacional ativa em matéria penal nos últimos dez anos e uma significativa intensificação no número de novos pedidos a partir do ano de 2015 – o que, invariavelmente, indica efeitos reflexivos à deflagração da denominada “*Operação Lava Jato*”.

Outro aspecto interessante é que, segundo dados do Ministério da Justiça e Segurança Pública (do ano de 2021), o Brasil é um país que possui significativa demanda de cooperação jurídica internacional, uma vez que 80% dos pedidos de cooperação jurídica tratam-se de cooperações ativas, ou seja, são pedidos em que as autoridades brasileiras figuram como Estado requerente⁸³.

⁸² BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretária Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. **Indicadores DRCI/SNJ/MJSP – 2019**. p. 11. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/estatisticas/arquivos/IndicadoresDRCI2019MaroCooperacaoJuridicaInternacional.pdf>>. Acessado em 30 ago. de 2020.

⁸³ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretária Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal**. s/p. Disponível em: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal>>. Acessado em 17 jun. de 2022.

1.3.1. Conceito

Cumprir fazer uma breve análise acerca das noções gerais da cooperação jurídica internacional em matéria penal que não se trata de mera revisão bibliográfica e/ou descritiva, mas, sim, uma análise crítica de conceitos operacionais necessários para o correto enfrentamento do problema de pesquisa apresentado.

Pois bem. Inicialmente parte-se do pressuposto de que a cooperação jurídica internacional em matéria penal é “um ramo ou ciência do direito, em franca expansão, e que junta os conceitos de cooperação internacional, judiciária e penal”⁸⁴.

BECHARA define cooperação jurídica internacional como “o conjunto de atos que regulamenta o relacionamento entre dois Estados ou mais, ou ainda entre Estados e Tribunais Internacionais, tendo em vista a necessidade gerada a partir das limitações territoriais de soberania”⁸⁵. Já ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS defende que “a cooperação jurídica internacional consiste no conjunto de regras internacionais e nacionais que rege atos de colaboração entres Estados, ou mesmo entre Estados e organizações internacionais, com o objetivo de facilitar o acesso à justiça”⁸⁶.

MENDONÇA define cooperação jurídica internacional em matéria penal como o “conjunto de práticas, princípios e normas, nacionais e internacionais, de auxílio entre Estados soberanos ou mesmo organismo internacionais, que visam coordenar as jurisdições penais e conferir tutela jurisdicional adequada em relação a fatos penais transnacionais”⁸⁷.

O autor⁸⁸ defende a necessidade de se adotar um conceito mais amplo ao passo em que os conceitos geralmente empregados se restringem a incluir, no âmbito

⁸⁴ TRIUNFANTE, Luís de Lemos. **Manual de cooperação jurídica internacional em matéria penal**. Coimbra: Editora Almedina, 2018. p. 15.

⁸⁵ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**: eficácia da prova produzida no exterior. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2009. p. 30.

⁸⁶ RAMOS, André de Carvalho. Obtenção de provas no exterior: para além da *Lex fori* e *lex diligentiae*. In **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015. p. 687.

⁸⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Cooperação internacional no processo penal**: a transferência de processos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 36.

⁸⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Cooperação internacional no processo penal**: a transferência de processos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 36.

da cooperação jurídica internacional, os institutos do auxílio mútuo e extradição, o que denota sua insuficiência e a necessidade de adoção de um conceito mais amplo, capaz de incluir instrumentos jurídicos como a transferência de pessoas e de processos⁸⁹.

Outro aspecto observado por MENDONÇA trata-se do fato de que alguns conceitos igualmente se revelam insuficientes por defenderem que a cooperação jurídica internacional é instrumento de interesse exclusivo da jurisdição estrangeira, o que é equivocado, pois “tais definições deixam sem explicação instrumentos como a comunicação espontânea de processos, em que a finalidade da cooperação jurídica internacional vai além dos interesses apenas do Estado requerente”⁹⁰.

1.3.2. Principiologia inerente à cooperação jurídica internacional com finalidade de produção probatória

Não há um consenso doutrinário acerca dos princípios inerentes à cooperação jurídica internacional, contudo, passa-se a elencar os princípios mais elementares numa perspectiva clássica e sua superação por uma nova perspectiva principiológica que reflete o avançado processo de globalização, convergindo, ao final, aos princípios inerentes à obtenção de provas por meio de cooperação jurídica

⁸⁹ De modo semelhante tem-se o posicionamento do lusitano LUÍS DE LEMOS TRIUNFANTE: “A transformação que nos últimos tempos tem afetado a cooperação também teve reflexo na sua denominação. Se tradicionalmente se falava de cooperação judiciária, acentua-se o conceito de cooperação jurídica internacional. Por cooperação jurídica entendia-se aquela atividade de colaboração entre Estados com o objetivo de tornar efetivo o processo judicial de um deles. Assim sendo, o conceito tem por conteúdo os instrumentos adequados a facilitar o exercício do poder soberano nacional, favorecendo atividade como as de notificação de decisões judiciais, citações, etc. Na atualidade, a cooperação estende-se a âmbito que, embora ainda relacionados com o processo, excedem o que se deve entender como cooperação judicial em sentido estrito. Com efeito, abrange também mecanismo dirigidos, não tanto ao favorecimento do processo (pois por judiciário não deve entender-se mais que aquilo que pertence ou é relativo ao processo), mas à concretização de outras atividades vinculadas ao processo, mas que estão fora do seu âmbito. Pensamos nas medidas vocacionadas para o intercâmbio espontâneo de informação, na criação dos registros de antecedentes criminais, na apreensão ou arresto de produtos e benefícios de origem criminal, na cobrança de multas e sanções, ou ainda na possibilidade de cooperar em matérias de natureza administrativa e sancionatória”. *In* TRIUNFANTE, Luís de Lemos. **Manual de cooperação jurídica internacional em matéria penal**. Coimbra: Editora Almedina, 2018. p. 30.

⁹⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Cooperação internacional no processo penal: a transferência de processos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 36.

internacional, em observância à delimitação metodológica proposta na presente pesquisa.

A base principiológica da cooperação jurídica internacional tem passado por um movimento de evolução que acompanha o avançado estágio de globalização. TRIUNFANTE observa, em um primeiro momento, que o instituto da cooperação jurídica internacional estava inserido no âmbito do direito internacional e possuía como principais fundamentos os princípios da: i) *la comitas gentium ob reciprocam utilitatem* (cortesia internacional como causa de utilidade recíproca), e; ii) *pacta sunt servanda* (o pactuado deve ser cumprido), destacando que “a cooperação jurídica era, em consequência, considerada como um fim em si mesma, perseguida pelos Estados soberanos para alcançarem um interesse próprio”⁹¹.

A referida perspectiva fora suplantada e o eixo principiológico da cooperação jurídica internacional passou a orbitar ao entorno dos princípios da amplitude e reciprocidade.

O “princípio da amplitude” parte da concepção de que a cooperação internacional deve ser a “mais ampla possível, dentro dos limites (excepcionais) que devem observados”⁹², e os referidos limites se subdividem em: i.a) limites formais – “de ordem mais ampla, como a ordem pública ou segurança do Estado até aos mais minuciosos, como os pedidos serem realizados por escrito, a língua a usar”⁹³ –, e; i.b) limites materiais – “que podem ser invocados como obstáculos a prestação da cooperação internacional em medidas processuais penais”⁹⁴, como a própria necessidade de observância às garantias processuais penais dos Estados envolvidos na cooperação, seja requerente ou requerido.

Já o “princípio da reciprocidade” preceitua que os Estados se obrigam mutuamente em direitos e obrigações para que cooperem uns com os outros, somente obrigado um Estado a cooperar com outro caso haja reciprocidade. É, de certo modo,

⁹¹ TRIUNFANTE, Luís de Lemos. **Manual de cooperação jurídica internacional em matéria penal**. Coimbra: Editora Almedina, 2018. p. 55.

⁹² Idem.

⁹³ Idem.

⁹⁴ Idem.

um corolário do princípio da igualdade, uma vez que os Estados exigem idênticas concessões – de forma mútua – para que possam cooperar com os outros, e, dessa forma, renunciar a parcela da sua soberania. Em linhas gerais, parte-se de máxima de que “eu cedo, caso você ceda”.

Cumprir analisar brevemente os princípios que incidem no âmbito da produção probatória por meio de cooperação jurídica internacional, os quais, numa classificação clássica, dividem-se em dois: i) princípio do *locus regit actum*, e; ii) *forum regit actum*. O primeiro prescreve que o Estado-Requerido, em cumprimento à solicitação de cooperação jurídica, deve observar a legislação penal e processual penal do seu próprio Estado. Já o segundo, de modo contrário, prescreve que o Estado-Requerido, em cumprimento à solicitação de cooperação jurídica, deve observar a legislação penal e processual penal do Estado-Requerente, desde que expressamente exigido, e com duas exceções: ii.a) se houver disposição em contrário na própria convenção, e; ii.b) se as formalidades e procedimentos indicados pelo Estado requerente forem contrários aos princípios fundamentais do Estado requerido⁹⁵.

TRIUNFANTE⁹⁶ defende, ainda, a existência de princípios específicos à obtenção de prova após o reconhecimento mútuo entre os Estados requerente e requerido: a) reconhecimento mútuo: reciprocidade no reconhecimento das decisões judiciais; b) proporcionalidade, adequação e necessidade: regra geral de observância obrigatória em todos os pedidos acerca do atendimento dos critérios de proporcionalidade, adequação e necessidade do requerido; c) proibição de fraude a lei: somente é possível se requerer a outro Estado a produção de prova que é permitida e admitida dentro do próprio Estado requerente; d) formalidade: deve ser exigido e respeitado a forma prescrita na legislação para obtenção/produção da prova,

⁹⁵ É, em síntese, o que estabelece o art. 4º, n. 1, da Convenção Europeia de 29 de maio de 2000 sobre Auxílio Mútuo em Matéria Penal entre Estados-Membros da União Europeia: “art. 4º. Formalidades e procedimentos para execução dos pedidos de auxílio judiciário mútuo: 1. Nos casos em que for concedido auxílio judiciário mútuo, o Estado-Membro requerido respeitará as formalidades e procedimentos expressamente indicados pelo Estado-Membro requerente, salvo disposição em contrário da presente convenção e desde que as formalidades e procedimentos indicados não sejam contrários aos princípios fundamentais de direito do Estado-Membro requerido; [...]”.

⁹⁶ TRIUNFANTE, Luís de Lemos. **Manual de cooperação jurídica internacional em matéria penal**. Coimbra: Editora Almedina, 2018. p. 64.

ou seja, forma como garantia do jurisdicionado; e) inadmissibilidade de prova proibida (admissibilidade e validade): “a prova obtida, a pedido ou espontaneamente, só pode ser utilizada se não violar proibições de prova de natureza constitucional da ordem jurídica do Estado requerente ou do Estado requerido, ou supranacionais”⁹⁷; f) igual diligência: exige que os Estados requeridos cumpram com as solicitações em cooperação jurídica internacional da mesma forma, zelo e tempo que levaria para cumprir a diligência caso se tratasse de demanda interna (nacional); g) disponibilidade: dever de prestar informações aos Estados membros com a finalidade prevenir, detectar e investigar fatos delitivos, e; h) prova digital: necessidade de observância da integridade da prova digital, disponibilização de informações inerentes ao meio de obtenção (como forma de viabilizar o exercício do contraditório) e os meios necessários para o acesso integral.

No âmbito da Ibero-América, cumpre mencionar a existência do Código Modelo de Cooperação Jurídica Interjurisdicional para a Ibero-América, que fora elaborado por uma comissão especial, presidida pela saudosa professora brasileira, ADA PELLEGRINI GRINOVER e composta por representantes do Panamá, Uruguai, Portugal, Colômbia e Argentina. A proposta do código modelo foi aprovada na Assembleia Geral do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, ocorrida em 18 de outubro de 2008. De um modo geral, trata-se de um documento modelo a ser utilizado seja de forma bilateral ou multilateral, mas que chama atenção, para o tema ora discutido, a redação de seu art. 2º, onde apresenta um rol de oito princípios inerentes à cooperação jurídica internacional⁹⁸.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Art. 2º Princípios gerais: A cooperação interjurisdicional de que trata este Código está sujeita aos seguintes princípios: I. cláusula de ordem pública internacional: não será admitida a cooperação que se refira a atos contrários aos princípios fundamentais do Estado requerido ou que seja suscetível de conduzir a um resultado incompatível com esse princípio; II. respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente; III. Igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não, tanto no acesso aos tribunais quanto na tramitação dos processos nos Estados requerente e requerido, assegurando-se a gratuidade de justiça aos necessitados; IV. não dependência da reciprocidade de tratamento, salvo previsão expressa neste Código; V. publicidade processual, exceto nos casos de sigilo previstos na lei do Estado requerente ou do Estado requerido; VI. tradução e formas livres para os atos e documentos necessário à prestação jurisdicional transnacional, incluindo-se os meios eletrônicos e videoconferência; VII. existência de uma autoridade central para a recepção e transmissão dos pedidos de cooperação, ressalvada a convalidação da recepção ou transmissão que não tenham sido perante essa autoridade; VIII. espontaneidade na transmissão de informações a autoridades do Estado requerente.

1.3.3. Fontes

MIAILLE assevera que “por fonte, entende-se, pois, aquilo de onde se extraiu o sistema jurídico, aquilo de que ele se constituiu, isto é, o seu conteúdo”⁹⁹. É comum na doutrina o estabelecimento de uma classificação das fontes do direito em (i) fontes formais e (ii) fontes materiais, o que igualmente se aplica no contexto da cooperação jurídica internacional.

As fontes materiais são “os acontecimentos históricos, políticos, sociais e econômicos que desencadeiam um processo de normatização”¹⁰⁰ ou, de um modo geral, são “os fenômenos e as ideias a que ele se refere para enunciar as prescrições”¹⁰¹⁻¹⁰². BECHARA ressalta que as fontes materiais, no contexto da cooperação jurídica internacional, “coincidem com a criação da Cruz Vermelha no final do Século XIX e com as duas guerras mundiais no Século XX”¹⁰³, ou seja, o seu surgimento está historicamente atrelado à mobilização mundial que possuía como finalidade precípua a necessidade de reconhecimento e respeito aos direitos humanos e a busca pela paz mundial.

⁹⁹ MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 3. Ed. Tradução Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 2005. p. 197.

¹⁰⁰ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior**. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2009. p. 34.

¹⁰¹ MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 3. Ed. Tradução Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 2005. p. 197.

¹⁰² Apresentando um ponto de vista crítico, Mialle assevera que “este ponto de vista não é em geral nunca apontado pelos juristas, pois isso obrigá-los-ia a falar das realidades. Tudo isto são questões de sociologia ou de história. Pelo contrário, os juristas vão tomar a palavra fonte num sentido puramente formal: o de técnica de edição das regras, das normas. São frases deste gênero as que introduzem a questão: ‘as regras de direito positivo emanam de autoridades diversa [...]’. Encontram-se, pois, duas categorias de fontes do direito’. Todas as considerações que se seguem se referem à lei, ao costume e a outras fontes ou autoridades possíveis. Alguns mesmo pressentem os laços que ligam um sistema de fontes de direito ao funcionamento global da sociedade, mas raramente vão além de uma apresentação histórica que se limita geralmente à descrição das diferentes fontes conhecidas em França desde a época romana até aos nossos dias”. In MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 3. Ed. Tradução Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 2005. p. 197.

¹⁰³ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior**. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2009. p. 34.

As fontes formais consistem, precipuamente, nos acordos bilaterais e multilaterais pelos quais o Brasil é signatário, bem como normas de ordem constitucional e infraconstitucional.

No âmbito dos acordos multilaterais, o Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004); Convenção Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e outros Materiais Correlatos (Decreto nº 3.229, de 29 de outubro de 1999); Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substância Psicotrópicas (Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991); Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006); Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal (Decreto nº 6.340, de 03 de janeiro de 2008); Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais – MERCOSUL (Decreto nº 3.468, de 17 de maio de 2000); Convenção Interamericana sobre o Tráfico Internacional de Menores (Decreto nº 2.740, de 20 de agosto de 1998); Convenção Interamericana para o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior (Decreto nº 5.919, de 10 de junho de 1996); Convenção Interamericana contra o Terrorismo (Decreto nº 5.639, de 26 de dezembro de 2005); Convenção Interamericana contra a Corrupção (Decreto nº 4.410, de 07 de outubro de 2002); Convenção de Auxílio Jurídico em Matéria Penal entre os Estados Membros da CPLP (Decreto nº 8.833, de 04 de agosto de 2016); Acordo Complementar ao Acordo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre os Estados Partes do Mercosul, Bolívia e Chile (Decreto nº 8.331, de 12 de novembro de 2014); Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000), e; Protocolo para Eliminar o Comércio Ilícito de Produtos de Tabaco (Decreto nº 9.516, de 01 de outubro de 2018).

Já no âmbito dos acordos bilaterais, o Brasil possui acordo com o Canadá (Decreto nº 6.747, de 22 de janeiro de 2009); China (Decreto nº 6.282, de 03 de dezembro de 2009); Bélgica (Decreto nº 9.130, de 17 de agosto de 2017); Colômbia (Decreto nº 3.895, de 23 de agosto de 2001); Coréia (Decreto nº 5.721, de 13 de março de 2006); Cuba (Decreto nº 6.462, de 21 de maio de 2008); Espanha (Decreto

nº 6.681, de 08 de dezembro de 2008); Estados Unidos da América (Decreto nº 3.810, de 02 de maio de 2001); França (Decreto nº 3.324, de 30 de maio de 1999), Honduras (Decreto nº 8.046, de 11 de julho de 2013); Itália (Decreto nº 862, de 09 de julho de 1993); Jordânia (Decreto nº 9.729, de 15 de março de 2019); México (Decreto nº 7.595, de 01 de novembro de 2011); Nigéria (Decreto nº 7.582, de 13 de outubro de 2011); Panamá (Decreto nº 7.596, de 01 de novembro de 2011); Peru (Decreto nº 3.988, de 29 de outubro de 2001); Reino Unido e Irlanda do Norte (Decreto nº 8.047, de 11 de julho de 2013); Suíça (Decreto nº 6.974, de 07 de outubro de 2009); Suriname (Decreto nº 6.832, de 29 de abril de 2009); Turquia (Decreto nº 9.065, de 31 de maio de 2017), e; Ucrânia (Decreto nº 5.984, de 12 de dezembro de 2006).

Deste modo, o Brasil não apenas possui compromisso de prestar assistência em matéria penal para todo os Estados signatários dos acordos multilaterais e bilaterais, como também adquire o direito de solicitar a cooperação destes Estados, em uma via de mão dupla.

No entanto, é importante se ter em mente que há a possibilidade, pela via diplomática, de se estabelecer assistência jurídica internacional em matéria penal com Estados que não possuam vínculo jurídico (formal) com o Estado brasileiro, com fundamento na promessa de reciprocidade e/ou promessa de formalização futura de acordo de cooperação jurídica internacional.

1.3.3.1. A regulação da cooperação jurídica internacional no processo penal brasileiro

O Código de Processo Penal brasileiro, de 1941, notadamente defasado, pouco dispõe acerca da cooperação jurídica internacional, apenas trata acerca dos procedimentos da carta rogatória e homologação de sentença estrangeira em seu Livro V, denominado “Das relações jurisdicionais com autoridade estrangeira”, em seus arts. 780 a 790.

Há, todavia, uma série de legislações¹⁰⁴ que dispõem sobre cooperação jurídica internacional no ordenamento jurídico brasileiro, não há, contudo, uma sistematização específica que aborde a questão em matéria penal, o que, muito das vezes, somente será encontrado nos acordos bilaterais e multilaterais.

Mais recentemente, com a vigência da Lei 13.105/15, que instituiu o Novo Código de Processo Civil, passou-se a ter uma legislação minimamente sistematizada que apresentou notório avanço legislativo acerca da matéria ao prever um capítulo que trata especificamente da cooperação jurídica internacional (Capítulo II, arts. 26 a 41 do CPC), onde apresenta “a definição de diretrizes, por exemplo, o respeito ao devido processo legal no Estado requerente e a inadmissibilidade de atos que contrariem ou produzam resultados incompatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro”¹⁰⁵.

No entanto, somente se espera um avanço normativo maior no contexto da cooperação jurídica internacional em matéria penal com a potencial aprovação do Projeto de Lei n. 8.045/2010¹⁰⁶, que dispõe acerca do “Novo Código de Processo Penal”. O projeto do novo Código de Processo Penal não apresentava, inicialmente, grandes avanços acerca da matéria ao ser proposto no Senado Federal, contudo, após ser aprovado e remetido à Câmara dos Deputados, estabeleceu-se uma comissão especial que, dentre outros pontos, apresentou proposta de substitutivo a fim de se estabelecer uma ampla sistematização normativa da cooperação jurídica internacional em matéria penal no âmbito do processo penal brasileiro.

O texto proposto, em suma, “positiva na legislação infraconstitucional as diretrizes, os princípios, as regras e os procedimentos previstos em acordos

¹⁰⁴ Lei de Introdução ao Código Civil, Estatuto do Estrangeiro, Código de Processo Civil e o próprio Código de Processo Penal, conforme mencionado alhures, ainda que de maneira tímida e insuficiente.

¹⁰⁵ BECHARA, Fábio Ramazzini. Cooperação jurídica internacional e o processo penal brasileiro: um diálogo entre o passado, o presente e o futuro. In CRUZ, Rogerio Schietti; BADARÓ, Gustavo; MADEIRA, Guilherme (Org.). **Código de processo penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência**. Volume 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 840.

¹⁰⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Ficha de tramitação do Projeto de Lei n. 8.045/2010**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acessado em 18 de jun. de 2022.

multilaterais e bilaterais, bem como entendimentos consolidados na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros”¹⁰⁷.

Dentre os principais pontos que são objeto da proposta de substitutivo ao Projeto de Lei n. 8.045/2010, destaca-se: i) definição da atribuição das autoridades centrais; ii) previsão expressa de institutos como auxílio direto, transferência de processos – e investigações; iii) transferência de condenados; iv) dispõe acerca das equipes conjuntas de investigação – ECI’s¹⁰⁸; iv) positividade acerca da possibilidade de estabelecimento de assistência jurídica internacional pela via diplomática, e; v) positividade acerca da possibilidade de prestar auxílio a investigações preliminares e processos que tramitam nos tribunais internacionais, como o Tribunal Penal Internacional.

1.3.4. Mecanismo e procedimentos de cooperação jurídica internacional com finalidade de produção probatória

O Brasil, por meio do Ministério da Justiça, disponibiliza o “Manual de Cooperação Jurídica Internacional: matéria penal e recuperação de ativos”¹⁰⁹, que está na 4ª edição, publicada no ano de 2019, onde estabelece um panorama geral dos procedimentos relativos à cooperação jurídica internacional em matéria penal pelos quais o Estado brasileiro figure como requerente ou requerido.

Em um primeiro aspecto, destaca-se que o “Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional”, da Secretaria Nacional de Justiça (DRCI/Senajus), vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, figura como Autoridade Central em cooperação jurídica internacional no Estado brasileiro.

¹⁰⁷ BECHARA, Fábio Ramazzini. Cooperação jurídica internacional e o processo penal brasileiro: um diálogo entre o passado, o presente e o futuro. In CRUZ, Rogerio Schietti; BADARÓ, Gustavo; MADEIRA, Guilherme (Org.). **Código de processo penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência**. Volume 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 847.

¹⁰⁸ Sobre o tema: SOUZA, Isac Barcelos Pereira de. **Equipes conjuntas de investigação na cooperação jurídica internacional em matéria penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

¹⁰⁹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. **Manual de Cooperação Jurídica Internacional: matéria penal e recuperação de ativos**. 4. ed. 2019.

Compete, portanto, ao DRCI centralizar as tratativas e requerimentos de cooperação jurídica internacional em matéria penal ativa ou passiva¹¹⁰, com exceção ao Canadá, uma vez que o “Acordo de Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Canadá” (Decreto nº 6.747, de 22 de janeiro de 2009), estabeleceu de modo expresso que funcionará como Autoridade Central a Procuradoria-Geral da República.

De modo geral e simplificado, o procedimento aplicável à cooperação jurídica internacional depende, em um primeiro momento, da observância prévia acerca da existência ou não de tratado ou acordo internacional de cooperação jurídica internacional em matéria penal, isto porque, uma vez existindo acordo formalizado, o procedimento aplicável será aquele ali previsto, em atenção ao princípio da oficialidade e o próprio *pact sunt servanda*.

Por outro lado, na hipótese de inexistência prévia de acordo ou tratado internacional de cooperação jurídica internacional, há a possibilidade de estabelecimento de assistência jurídica internacional ativa ou passiva, pela via diplomática, com fulcro no princípio da reciprocidade.

Contudo, nestas hipóteses, é necessário a formalização prévia do procedimento que será aplicável, antes da execução da assistência judiciária, onde deverá haver a especificação das etapas procedimentais e competências, bem como

¹¹⁰ As atribuições do DRCI estão previstas no Decreto nº 10.785, de 1º de setembro de 2021, que alterou o Decreto nº 9.662, de 01 de janeiro de 2019, que por sua vez havia anteriormente substituído o Decreto nº 8.668, de 11 de fevereiro de 2016. O mencionado Decreto dispõe, em síntese, acerca da “Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Justiça e Segurança Pública”.

para viabilizar a possibilidade de se estabelecer controle de legalidade da medida.¹¹¹⁻

112

O estabelecimento prévio de um procedimento a ser seguido para que possa haver a relativização de garantias fundamentais, decorre de exigência do próprio texto constitucional, sobretudo diante da redação do inciso LIV, da Constituição Federal, onde estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Outro aspecto que deve ser levado em conta no contexto do auxílio jurídico internacional pela via diplomática é que, justamente por se tratar de diplomacia, o referido pedido deverá ser encaminhado (se cooperação ativa) ou recebido (se cooperação passiva) pelo Ministério das Relações Exteriores, e somente após será encaminhado à Autoridade Central (DRCI).

A presente pesquisa limita-se a analisar especificamente os institutos que possibilitam a produção de provas no exterior, razão pela qual passa-se a analisar breves aspectos dos procedimentos inerentes aos institutos da carta rogatória e auxílio direto.

¹¹¹ De forma semelhante, Bechara defende a observância do princípio da oficialidade em assistências jurídicas estabelecidas entre órgãos nacionais e seus homólogos estrangeiros, “*para fins de troca de informações de inteligência ou para outras finalidades distintas do objeto do CPP*”, diante da previsão contida no substitutivo do projeto de lei do novo Código de Processo Penal que permite tais trocas de informações: “Afasta-se a incidência do CPP sobre outras formas de cooperação internacional realizadas entre órgãos nacionais e seus homólogos estrangeiros, para fins de troca de informações de inteligência ou para outras finalidades distintas do objeto do CPP. Contudo, mesmo nessas hipóteses é fundamental a oficialidade do relacionamento entre os órgãos congêneres, como as polícias e o Ministério Público. Entenda-se por oficialidade a existência de um instrumento jurídico que regule a cooperação entre esses órgãos, especialmente em relação ao procedimento, competências, objeto e o controle”. In BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional e o processo penal brasileiro: um diálogo entre o passado, o presente e o futuro*. In CRUZ, Rogerio Schietti; BADARÓ, Gustavo; MADEIRA, Guilherme (Org.). **Código de processo penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência**. Volume 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 847.

¹¹² “No processo penal, o procedimento, nas palavras de Carrara, serve como um freio para o juiz. Existe, portanto, nessa dimensão, um *fim político das formas processuais*: a forma não é tão somente uma garantia de justiça, mas uma garantia de confiança dos cidadãos no direito. Assim é que a legitimidade de um processo encontra na forma sua matriz. Como se vê, a cláusula *due process of law* poderia ser arguida para justificar a importância da forma. A mesma coisa valeria para o princípio do contraditório, como assevera Fazzalari na concepção do ‘processo como procedimento em contraditório’”. In GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 34.

1.3.4.1. Carta rogatória

A carta rogatória é o “*nombre que la jerga curialesca les da a las solicitudes del órgano judicial a su homólogo extranjero, dirigidas a comunicaciones, notificaciones y pruebas*”¹¹³, definida como o instrumento jurídico pelo qual o juízo solicita a prática de um ato judicial ou administrativo para um juízo de outro Estado, no exterior.

Em síntese, “trata-se de veículo de transmissão de qualquer pedido judicial e que possui tratamento normativo no plano internacional não muito uniforme”¹¹⁴.

O procedimento aplicável à tramitação da carta rogatória depende, previamente, da verificação acerca da (in)existência de acordo internacional bilateral ou multilateral que estabeleça disciplina específica, pois, caso haja, deverá ser aplicado o procedimento estabelecido no acordo internacional.

Na hipótese de inexistência de prévio acordo internacional, é igualmente possível a solicitação de carta rogatória, seja o Brasil solicitante ou solicitado, no entanto, será necessário a utilização da via diplomática, com fulcro no princípio da reciprocidade, e o pedido deverá ser formalizado perante o Ministério das Relações Exteriores e, somente após, encaminhado à autoridade central.

Outro aspecto é que, na ausência de acordo prévio que preveja o procedimento aplicável, deverá ser utilizado o procedimento previsto no Código de Processo Penal, o qual apresenta disciplina do instituto da carta rogatória em seus arts. 780 a 786, bem como a aplicação subsidiária das disposições dos arts. 28 a 34 do Código de Processo Civil, diante da insuficiência normativa do Código de Processo Penal.

¹¹³ CORDERO, Franco. **Procedimiento penal: Tomo II**. Trad. del italiano por Jorge Guerrero. Bogotá: Editorial Temis, 2000. p. 482.

¹¹⁴ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**: eficácia da prova produzida no exterior. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2009. p. 40.

Reiterando, deste modo, a posição apresentada nesta pesquisa no sentido de entender necessário que haja prévia formalização entre o Brasil e o Estado estrangeiro para que seja estabelecido as balizar acerca do procedimento que será aplicável, competências e objeto da diligência, em observância ao princípio da oficialidade.

BECHARA classifica as cartas rogatórias em ordinatória, instrutórias ou executórias: i) “a carta rogatória ordinatória é aquela que tem por finalidade a produção de atos processuais, como a citação, a notificação, a intimação”; ii) “a carta rogatória instrutória é aquela que tem por finalidade os atos de coleta de provas”, e; iii) “a carta rogatória executória é aquela que vista à prática de atos processuais constitutivos”¹¹⁵.

As cartas rogatórias podem ainda ser classificadas como ativa ou passiva. A carta rogatória passiva se refere ao Estado estrangeiro que figura como requerido na cooperação internacional. Já a carta rogatória ativa refere-se ao Estado que figura como requerente.

No Brasil, após a promulgação da Emenda Constitucional 45, de 2004, compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias, conforme disposição do art. 105, I, alínea i, da Constituição Federal¹¹⁶.

Há, ainda, a Resolução Interministerial 501, de 2012, elaborada conjuntamente pelo atual Ministério da Justiça e Segurança Pública e Ministério das Relações Exterior que, em suma, define “a tramitação de cartas rogatórias e pedidos de auxílio direto, ativos e passivos, em matéria penal e civil, na ausência de acordo de cooperação jurídica internacional bilateral ou multilateral, aplicando-se neste caso apenas subsidiariamente”.

Uma das principais características da carta rogatória é que ela constitui solicitação jurídica direcionada a outro Estado, mas parte do pressuposto de que já

¹¹⁵ Idem. p. 41.

¹¹⁶ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: [...] i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias; [...].

há uma decisão judicial que determina a realização de determinada diligência no estrangeiro, ou seja, denota uma ordem judicial de um juízo estrangeiro a ser cumprida no território nacional, ou, a contrário *sensu*, uma ordem judicial emanada do território nacional a ser cumprida no exterior. Conforme será visto a seguir, esta característica fez com que, muitas vezes, o pedido fosse inviabilizado em razão de o Estado solicitado interpretar a determinação judicial estrangeira como um ato atentatório à soberania nacional.

1.3.4.2. Auxílio direto

O auxílio direto é definido “como a cooperação realizada entre Autoridades Centrais dos Estados-parte de convenções internacionais que preveem esse mecanismo de assistência mútua, ou ainda, de acordos ou tratados bilaterais que tratam especificamente do tema”¹¹⁷.

Verifica-se, portanto, que a grande diferença entre os institutos do auxílio direto e carta rogatória é que no instituto ora visto o Estado solicitante não encaminha uma determinação jurídica a ser cumprida no Estado estrangeiro, mas, sim, um pedido de cooperação que passará sob o crivo jurisdicional do Estado solicitado. Em síntese, o Estado estrangeiro, após receber o requerimento do Estado solicitante, realizará uma análise da pertinência e legalidade do pedido, segundo sua legislação interna, e, caso entenda pertinente e possível, determinará a realização da diligência.

MOURA e ROSSI defendem que o auxílio direto, neste contexto, “tem perspectiva mais ampla, de modo a superar o formalismo em prol da efetividade do direito penal” e complementa ao ressaltar que o auxílio direto seria mais eficiente “na medida em que, agindo a autoridade nacional por provocação estrangeira, com autonomia e controle sobre formalidades e mérito do pedido, não há cogitar da invocação da soberania como pretexto à negativa da cooperação”¹¹⁸.

¹¹⁷ Idem, p. 42 a 43.

¹¹⁸ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; ROSSI, Maria Paula Cassone. Desafios da cooperação jurídica internacional no processo penal. In CRUZ, Rogerio Schietti; BADARÓ, Gustavo; MADEIRA,

Ou seja, há uma resistência menor no cumprimento de pedidos de auxílio direto pelos Estados em detrimento da carta rogatória, dado que o pedido de assistência jurídica por meio do auxílio direto contempla a atividade jurisdicional no Estado solicitado, motivo pela qual evita que se interprete a solicitação estrangeira como invasiva ou atentatória à soberania nacional.

Especificamente quanto ao procedimento aplicável, tem-se que no auxílio direto a Autoridade Central será responsável pelo recebimento e análise prévia do pedido, momento em que verificará sua adequação, cabimento e possibilidade. Se não for a hipótese de se solicitar ajustes no pedido de cooperação internacional, a própria Autoridade Central irá encaminhar o pedido ao juízo competente para que este possa proferir decisão acerca da solicitação realizada pelo Estado estrangeiro, tal qual como se fosse um pedido interno.

Se a medida solicitada for passível de cumprimento em âmbito administrativo, a própria Autoridade Central (DRCI) providenciará diretamente seu cumprimento ou poderá solicitar o apoio de outros órgãos caso necessário.

Por fim, “ainda que encaminhados sob o título de carta rogatória, os pedidos que não se submeterem ao juízo de deliberação pelo Superior Tribunal de Justiça, tramitarão como auxílio direto”¹¹⁹.

1.3.5. Expansão da cooperação jurídica internacional x Necessidade de observância irrestrita às garantias processuais penais: a necessária harmonização ante a tensão

ANTONIO SCARANCE FERNANDES¹²⁰ observa a existência de 2 (duas) linhas de gestação das normas processuais penais no âmbito das convenções e dos tratados internacionais: i) uma primeira linha que priorizou a positivação de garantias

Guilherme (Org.). **Código de processo penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. Volume 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 827.

¹¹⁹ Idem. p. 828.

¹²⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. O direito processual penal internacional. *In* ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; VILARES, Fernanda Regina (Org.). **Direito processual penal internacional**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 6 a 10.

processuais penais, de viés garantista; ii) posteriormente sucedeu-se uma segunda linha que, na contramão da primeira, passou a incentivar a adoção de mecanismos de persecução penal de viés repressivo, por meio da redução de garantias processuais penais.

A primeira linha de gestação das normas processuais penais, na análise de FERNANDES¹²¹, parte das previsões constantes na Declaração Universal dos direitos Homem (1948), Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1952), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Americana dos Direitos Humanos (1969).

Os referidos diplomas internacionais contemplam a garantia de diversos direitos humanos – vários de ordem processual penal – e exerceram importante influência nas legislações internas dos Estados signatários. É possível mencionar, a título de exemplo, a previsão de garantias como: princípio da igualdade; proibição de prisões arbitrárias; presunção de inocência; proibição de torturas e tratamentos degradantes; humanização das penas; contraditório e ampla defesa; devido processo legal; direito a não autoincriminação; princípio da intranscendência; juiz natural; duração razoável do processo, dentre outros.

Posteriormente, com os influxos globalizatórios e abertura dos mercados, vivenciou-se os efeitos reflexivos da transnacionalização e da criminalidade transnacional, tendo em vista que os limites territoriais dos Estados se tornaram permeáveis – e transpassáveis –, permitindo que a atividade criminosa pudesse se expandir para além das fronteiras nacionais. Crimes como tráfico internacional de drogas, armas e pessoas, terrorismo, lavagem de dinheiro, revelam-se cada vez mais comum.

É nesta conjuntura que surge a segunda linha gestacional das normas processuais penais no âmbito das convenções e tratados internacionais. As entidades e os Estados passaram a se preocupar com a necessidade de editar normas de cunho repressivo que se organizaram em dois grupos: a) “um direcionado à punição de

¹²¹ Idem.

crimes graves e transnacionais”, e; b) “outro dirigido à punição de condutas violadoras de direitos relevantes para a humanidade”¹²².

Especificamente em relação aos comandos normativos internacionais que possuem como objetivo o estabelecimento de mecanismos processuais de viés repressivo, cite-se: Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988), Convenção Interamericana contra a Corrupção (1996), Convenção contra o Crime Organizado Transnacional (2000) e Convenção Interamericana contra o Terrorismo (2002).

FERNANDES ressalta que o objetivo destas convenções seria justamente a “obtenção de maior punição dessa criminalidade”¹²³, o que se concretizaria por meio da adoção de mecanismo processuais especiais (de viés repressivo), como: sequestro e perda ou confisco de bens; inversão do ônus probatório; maior rigor nas prisões cautelares e no cumprimento das penas, dentre outros.

Ou seja, a segunda linha de gestão das normas processuais penais passou a adotar uma posição repressiva, em contraponto a primeira linha gestacional, por meio da relativização de garantias fundamentais do processo penal. Está segunda linha gestacional das normas processuais penais, de viés repressivo, coincide com o momento de maior expansão da cooperação jurídica internacional em matéria penal e exige que tomemos cuidado extremado sob pena de tornar a persecução penal transnacional um movimento neoinquisitório, de supressão de garantias fundamentais.

FERRAJOLI teorizou muito bem a denominada “*ley del más débil*”¹²⁴, onde, em síntese, estabelece três momentos de proteção jurídica da tutela penal a depender do hipossuficiente: no momento do crime, o hipossuficiente que necessita de proteção jurídica é a própria vítima; no curso da persecução penal, inclusive durante a investigação preliminar, o hipossuficiente é o investigado/réu; em um terceiro

¹²² Idem, p. 9.

¹²³ Idem.

¹²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías: la Ley del más Débil**. Madrid: Ed. Trotta, 1999.

momento, caso haja condenação, o hipossuficiente que carece de proteção jurídica é o apenado, submetido à execução penal.

Portanto, não se pode perder de vista que as garantias fundamentais inerentes ao processo penal constituem um limite ao arbítrio estatal (ou supraestatal, na hipótese), razão pela qual o processo penal em si pode ser considerado um modelo-limite (FERRAJOLI). Mais do que isso: “a ruptura da forma (garantidora daqueles postulados elementares) poderá ser concebida como uma espécie de contenção do poder punitivo, que não poderá ser exercido e realizado de qualquer maneira¹²⁵.

Ou seja, a supressão das garantias processuais penais deve ser concebida como uma condição impeditiva do exercício do *ius puniendi*, isto porque as garantias fundamentais, ao mesmo tempo que limitam e demarcam “as regras do jogo”, legitimam a possibilidade de o(s) Estado(s) exercer o poder punitivo estatal. Deste modo, tem-se, portanto, que o processo penal “não pode mais 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”¹²⁶.

AURY LOPES JR. esclarece com propriedade que “o processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena” e, por essa razão, “somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal)”¹²⁷.

Feitas estas considerações preliminares, é possível concluir que o movimento de expansão da cooperação jurídica internacional, por corolário do surgimento e franco crescimento da criminalidade transnacional, não pode ser subterfugio para justificar a redução de direitos fundamentais, dado que são as próprias garantias processuais penais que legitimam o *ius puniendi*. Tampouco há o

¹²⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 316.

¹²⁶ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Posição 27. (e-book)

¹²⁷ Idem.

que se falar em “hipergarantismo”, como defendido por parte doutrina¹²⁸, pois, na verdade, como esclarecido por FERRAJOLI, está posição:

É o sinal de uma grave regressão civil e cultural. As garantias penais e processuais não são apenas garantias de liberdade e verdade contra a arbitrariedade. São a principal fonte de legitimação da jurisdição e também, com um aparente paradoxo, o principal fator de eficácia da intervenção judicial. Na verdade, são as garantias que geram a maior assimetria entre a incivilidade do crime e a civilização do direito: uma assimetria que, a meu ver, representa o principal fator de deslegitimação moral e isolamento social e político do desvio e, portanto, de eficácia primária do direito penal. É por causa do desaparecimento dessa assimetria que os sistemas punitivos degeneram em sistemas de máximo direito penal, ao mesmo tempo maximamente aflitivo e maximamente ineficiente¹²⁹.

Portanto, no âmbito da cooperação jurídica internacional e persecução penal transnacional deve-se pensar em uma gama ainda maior de implementação e efetivação de direitos e garantias processuais penais.

Isto porque a persecução penal que ocorre em mais de um único Estado, faz com que o investigado ou réu seja ainda mais onerado, até mesmo de modo a inviabilizar o acesso à justiça, dado que haverá maior dificuldade no exercício da ampla defesa e contraditório; deverá comparecer em mais de um Estado; terá aumento de despesas; deverá enfrentar a complexidade e gama de legislações aplicáveis ao caso concreto, com dificuldade até mesmo na diferença de idiomas.

Ao analisar sob o viés específico da possibilidade de produção probatória por meio de cooperação internacional, é necessário que se dê condições concretas para que o réu possa acompanhar e exercer contraditório pleno tanto no momento de produção probatória quanto no momento de sua valoração.

Não se está a defender um formalismo demasiado que inviabilize a persecução penal transnacional, mas, sim, a necessidade de “fornecimento de instrumentos ágeis de combate à criminalidade transnacional, sem, no entanto,

¹²⁸ Defendem esta posição: FISCHER, Douglas. CALABRICH, Bruno. PELELLA, Eduardo (org). **Garantismo Penal integral**: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

¹²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Entrevista de Luigi Ferrajoli à revista eletrônica Conjur**, em 24/04/2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-24/entrevista-luigi-ferrajoli-professor-teorico-garantismo-penal>>. Acessado em 20 de jun. de 2022.

sacrificar as formalidades necessárias a garantir a legitimidade da prova produzida”¹³⁰, aliás, a elementar é que só há prova válida se produzida em contraditório judicial¹³¹.

Como muito bem observa MARCOS LEITE GARCIA: “a globalização econômica pode estar na base de algumas questões transnacionais, mas não é sua principal fonte e fundamentação, a principal justificativa da necessidade de transnacionalização do direito é a necessidade de proteção do ser humano”¹³² (p. 175 a 176)

¹³⁰ TRIUNFANTE, Luís de Lemos. **Manual de cooperação jurídica internacional em matéria penal**. Coimbra: Editora Almedina, 2018. p. 53.

¹³¹ “*Il giudizio, pertanto, deve essere basato sul controllo empirico e ciò esige che le ipotesi accusatorie siano concretamente sottoposte a verifica ed esposte a confutazione in modo da risultare convalidate solo se suffragate da prove e contraprove*”. PASTORE, Bladassare. *Criteri epistemologici e principi costituzionali nel processo penale*. In PIFFERI, Michele; NEGRI, Daniele (Org.) **Diritti Individuali e Processo Penale nell'Italia Repubblicana**. Milano: Giuffrè, 2011. p. 164.

¹³² GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. In CRUZ, Paulo Márcio (org). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 175 - 176.

CAPÍTULO 2

CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL

2.1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS: DO DIREITO À PROVA NO PROCESSO PENAL

NEREU GIACOMOLLI¹³³ defende que o direito à prova decorre do próprio direito de defesa e da garantia constitucional ao devido processo legal (art. 5º LV, da CF) – que encontra limitação expressa no art. 5º, LVI, da CF: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos” – e a incorporação de normas internacionais, v.g.: art. 14,3, e, do PIDCP¹³⁴; art. 8.2, f, da CADH¹³⁵, mas, de todo modo, o que “não se nega [é] a existência de um verdadeiro direito à prova com *status* constitucional no Brasil”¹³⁶.

O Supremo Tribunal Federal, na oportunidade do julgamento do HC 96.905/RJ, asseverou que “o direito à prova qualifica-se como prerrogativa jurídica de índole constitucional, intimamente vinculado ao direito do interessado de exigir, por parte do Estado, a estrita observância da fórmula inerente ao ‘*due process of law*’”¹³⁷.

¹³³ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo legal**: abordagem conforme a Constituição Federal e a Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 158. (e-book)

¹³⁴ “Art. 14.3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: [...] e) de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas da acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõe as de acusação [...]”.

¹³⁵ “Também, pode ser inferido do art. 8.2, f, da CADH, quando estabelece a garantia mínima da defesa: ‘inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos’, bem como do art. 8.3, ao enunciar que “a confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza”. In GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo legal**: abordagem conforme a Constituição Federal e a Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 158. (e-book)

¹³⁶ VIEIRA, Marcelo Vinicius. Admissão probatória no processo penal: o direito à prova das partes e o juízo de admissibilidade. In QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **Altos Estudos sobre a Prova no Processo Penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 576.

¹³⁷ Supremo Tribunal Federal, HC 96.905/RJ, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009.

De forma semelhante, JORDI FERRER-BELTRÁN¹³⁸ também assevera que o direito à prova constitui uma derivação do direito de defesa¹³⁹, mas avança ao defender a existência de quatro elementos que integram o objeto do “direito à prova”: i) o direito a utilizar todas as provas de que se dispõe para demonstrar a verdade dos fatos que fundam a pretensão; ii) o direito a que as provas sejam produzidas no processo; iii) o direito a uma valoração racional das provas produzidas; iv) o dever de motivar as decisões judiciais¹⁴⁰.

É possível concluir, portanto, que o direito à prova possui fonte normativa extraída tanto do plano constitucional como no plano da convencionalidade, constituindo garantia processual penal do jurisdicionado, ainda que não haja menção expressa a tal direito, sobretudo pelo fato de que, como será visto a seguir, o estudo da prova, em todas as suas dimensões, pode ser considerado a “coluna vertebral” de

¹³⁸ “Não é causalidade que em geral se considere o direito à prova como uma especificação, um derivado, do direito de defesa. Assim é expresso literalmente pelo art. 24 da Constituição espanhola, que reconhece a todo aquele que é parte em um processo o ‘direito [...] a utilizar os meios de provas pertinentes para sua defesa’. Também se reconhece expressamente no art. 6.3.d) da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais. Em outros casos, ainda que não se formule constitucionalmente de forma expressa um direito à prova, a jurisprudência constitucional e a doutrina o derivam também do direito de defesa”. In FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração Racional da prova** (tradução de Vitor de Paula Ramos a partir da edição original em espanhol: *La Valoración Racional de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007). Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 80 a 81.

¹³⁹ FRANCO CORDERO defende posição semelhante ao fazer uma leitura do Código de Processo Penal Italiano: “*Derecho a la prueba: Así se intula el artículo 190: título no pertinen al contenido (los ter apartados recaem sobre la relación entre partes y juez en cuanto al acto de admisión); el tema evocado por el título está em el artículo 495, párrafo 2º (infra, 84.22). Admitida la prueba pedida por N, puede aducir una em contrario; em otro tempo ya era así; tiene derecho de intervenir cualquiera que sea parte, necesaria o eventual (estas últimas olvidadas por la fórmula legislativa verborreica e incompleta); y esta presencia activa implica cualquier acto dirigido a probar todo lo que le sirva o a refutar la tesis del adversário*”. In CORDERO, Franco. **Procedimiento penal: Tomo II**. Trad. del italiano por Jorge Guerrero. Bogotá: Editorial Temis, 2000. p. 48 a 49.

¹⁴⁰ FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração Racional da prova** (tradução de Vitor de Paula Ramos a partir da edição original em espanhol: *La Valoración Racional de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007). Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 82 a 88. No mesmo sentido, a partir das lições de MICHELE TARUFFO, MARCELO VINICIUS FERREIRA defende que: “[...] o direito à prova contempla as fases de investigação, proposição, admissão, produção e valoração. Significa dizer, o direito à prova assegura às partes, em termos de garantia, (1) a busca por fontes de prova (investigação), (2) a indicação de meios de prova que pretendem ver produzidos em juízo (proposição), (3) a chancela judicial para se valer das provas pretendidas (admissão), (4) a participação no aporte dos elementos de prova no curso da instrução (produção) e a obtenção de apreciação do julgador sobre o resultado da prova (valoração)”. In VIEIRA, Marcelo Vinicius. Admissão probatória no processo penal: o direito à prova das partes e o juízo de admissibilidade. In QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **Altos Estudos sobre a Prova no Processo Penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 577.

uma ação penal, pois é justamente o conjunto probatório que permite o juízo formar seu convencimento (cognição) acerca do objeto meritório discutido processualmente.

2.1.1. Conceito e sentidos atribuídos à “prova penal”

TARUFFO define prova como “*elemento de confirmación de conclusiones referidas a aserciones sobre hechos o bien como premisa de inferencias dirigidas a fundamentar conclusiones consistentes en aserciones sobre hechos*”¹⁴¹.

TAVARES e CASARA ressaltam que a palavra “prova” é essencialmente polissêmica, mas que, contudo, no campo jurídico, geralmente é atribuído o significado de “‘atividade’ destinada a demonstrar a ocorrência de um fato, o de ‘meio’ à demonstração do acerto de uma hipótese e o de ‘resultado’ produzido na convicção do julgador”¹⁴², ou, ainda, como “elemento capaz de demonstrar o acontecimento de um fato, enquanto outros a apontam como um ato discursivo dirigido ao juiz com o objetivo de produzir a fixação judicial de um fato a partir de um determinado procedimento”¹⁴³.

De modo semelhante BADARÓ assevera que “num sentido vulgar, prova pode ser entendida como ‘o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade’”, mas, do ponto de vista jurídico, “o vocábulo prova possui diferentes acepções, podendo ser usado como sinônimo da atividade probatória, como resultado da prova e como meio de prova”¹⁴⁴.

O sentido de prova enquanto atividade probatória está relacionado ao efetivo exercício da atividade probatória pelas partes com o intuito de fornecer

¹⁴¹ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 4. Ed. (Traducción de Jordi Ferrer Beltrán) Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 327.

¹⁴² TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 17.

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 157.

elementos capazes de formar a cognição julgador em busca do resultado pretendido, ou seja, trata-se do efetivo exercício do direito à prova.

Já a ideia de prova como meio de prova é definida por BADARÓ como o “instrumento por meio do qual se introduzem no processo os elementos probatórios”¹⁴⁵, exemplos: prova documental, prova pericial e prova testemunhal.

Por fim, o sentido de prova enquanto resultado probatório relaciona-se ao grau de convencimento e captação cognitiva alcançado pelas partes em detrimento da decisão adotada pelo juiz, ou seja, é o resultado da atividade probatória.

No âmbito do processo penal é possível dizer que o resultado da atividade probatória também é utilizado na formação do convencimento da acusação, isto porque exige-se no contexto da ação penal pública que o Ministério Público atue com imparcialidade, inclusive circunstancialmente requerer a absolvição do réu caso seja convencido de que a versão acusatória narrada na denúncia não prosperou ao final da instrução probatória.

Há também a necessidade de se compreender terminologicamente a categoria “meios de obtenção de provas”, também denominada como meios de investigação ou de pesquisa de provas.

De um modo geral, trata-se de instrumento processual em que se permite chegar a um “elemento probatório” ou “fonte de prova”, exemplos: busca e apreensão, quebra de sigilo bancário ou fiscal e interceptação telefônica. Os meios de obtenção de prova não permitem a formação de um convencimento direto do julgador, mas, sim, meio pelo qual se viabiliza a angariação de elemento ou fonte de prova capaz de, indiretamente, formar a cognição do julgador. Neste sentido, BADARÓ¹⁴⁶ defende que

¹⁴⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 431.

¹⁴⁶ “A diferença é que, enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (por exemplo, o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (por exemplo, uma busca e apreensão) são instrumento para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes, sim, aptos a convencer o julgador (por exemplo, um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, 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

enquanto os meios de prova (documental, pericial, testemunhal etc) permitem que o julgador forme seu convencimento de forma direta, os meios de obtenção de prova, por sua vez, só o permitem de forma indireta.

Questão importante ao se tratar da definição da categoria “prova penal” é a necessidade de diferenciá-la da categoria “elemento informativo”. Segundo dicção expressa do art. 155 do Código de Processo Penal, “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”, ou seja, o código define prova judicial como aquela produzida em contraditório judicial, e, por outro lado, os elementos informativos são aqueles produzidos durante a investigação preliminar, de forma unilateral.

Em consonância com a referida disposição, mais recentemente, com a entrada em vigor da Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), dentre as várias alterações inauguradas na legislação penal e processual penal, instituiu-se a figura do Juiz das Garantias, nos novos arts. 3º-A a 3º-F, do Código de Processo Penal¹⁴⁷, e mais especificamente, previu no art. 3º-C, §3º¹⁴⁸, que os autos que compõe a investigação preliminar não deverão acompanhar a ação penal, com exceção das provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas.

A alteração legislativa se justifica pelo fato de que o material informativo produzido na investigação preliminar não possui valor probatório ao passo em que “seria um contrassenso outorgar maior valor a uma atividade realizada por um órgão

realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos”. In ADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 432 a 433.

¹⁴⁷ Os referidos comandos normativos encontram-se suspensos em razão da decisão liminar proferida pelo Min. Luiz Fux nas ADI's 6.298, 6.300 e 6.305.

¹⁴⁸ 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. [...].

administrativo, muitas vezes sem nenhum contraditório ou possibilidade de defesa e ainda sob o manto do segredo”¹⁴⁹.

Por fim, para se alcançar os objetivos pretendidos com a presente pesquisa, urge analisar o conceito operacional de prova transnacional, que, para BECHARA, pode ser definida como “aquela cuja fonte de prova encontra-se dentro dos limites da soberania de outro Estado, e que, portanto, requer a cooperação e o auxílio deste para a obtenção do dado ou elemento probatório”¹⁵⁰.

2.1.2. Verdade e prova

O estudo da verdade no processo penal é tema de extrema importância que se encontra diretamente ligado à epistemologia jurídica. TAVARES e CASARA ressaltam que “a atividade probatória busca tanto uma aproximação com a verdade sobre uma hipótese quanto a produção de efeitos típicos da verdade a partir do respeito a um determinado procedimento”¹⁵¹, ou seja, tem-se que “a ideia de prova no direito é construída a partir de uma relação dialética entre saber e verdade, em uma dinâmica que envolve a possibilidade de saber e os efeitos que são conferidos à verdade”¹⁵².

A necessidade de se discutir as relações existentes entre verdade e epistemologia probatória parte de um equívoco comum na doutrina ao afirmar que “o objeto do processo (penal) é a busca da verdade”, ou seja, que o objetivo do processo penal orbitaria na busca da verdade¹⁵³.

¹⁴⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Posição 446. (e-book)

¹⁵⁰ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**: eficácia da prova produzida no exterior. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2009. p. 25.

¹⁵¹ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 17.

¹⁵² Idem.

¹⁵³ Nesse sentido: “[...] o fim de todo processo é a busca. No processo penal isso só se torna mais dramático em função de sua natureza. Em razão da intensidade com que se anseia pela busca da verdade no processo penal, podemos dizer que um princípio fundamental do processo penal é o da investigação da verdade material ou substancial dos fatos em torno dos quais se discute, para que sejam provados em sua subsistência histórica, sem obstáculos e deformações. Isso faz com que o

Outro problema ainda mais grave é a posição de assumir que o processo seria capaz de alcançar uma “*verdade real*”, isto é, que através do processo seria possível reestabelecer com exatidão, indene de dúvidas ou incertezas, um fato ocorrido no passado. Justamente por essa razão FERRAJOLI afirma que “sem uma adequada teoria da verdade, da verificabilidade e da verificação processual, toda a construção do direito penal do iluminismo [...] termina apoiada na areia; resulta desqualificada, enquanto puramente ideológicas as funções políticas e civis a ela associadas”¹⁵⁴.

TARUFFO observa que “*diversas asunciones filosóficas [...] rechazan tanto la idea de que es posible alcanzar la verdad en el contexto judicial como la propia noción general de verdad*”¹⁵⁵.

Está “ambição pela busca da verdade” legítima uma atividade processual em que os fins justificam os meios, uma posição reacionária, distante do sistema acusatório, flertando com um modelo inquisitivo, sobretudo ao legitimar a iniciativa probatório pelo juiz em nome da busca irrestrita de uma “verdade substancial”, o que, em nível extremo, legitima a utilização de provas ilícitas ou confissões obtidas por meio de tortura.

Em uma perspectiva histórica, “o processo penal, sempre que buscou uma ‘verdade mais material e consistente’ e com menos limites na atividade de busca, produziu uma ‘verdade’ de menor qualidade e com pior trato para o imputado”¹⁵⁶.

AURY LOPES JR. chama atenção para o fato de que a própria origem da denominada “verdade real ou substancial” prenuncia o seu caráter antidemocrático, isto porque a referida categoria surge justamente na inquisição¹⁵⁷.

legislador tenha que eliminar do código toda limitação à prova e que o juiz tenha que ser deixado livre para formar seu próprio convencimento”. In BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de derecho penal y procesal**. Barcelona: Bosch, 1973. p. 250.

¹⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 39.

¹⁵⁵ TARUFFO, Michele. **La prueba**. Traducción de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 25.

¹⁵⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Posição 424. (e-book)

¹⁵⁷ Idem.

Em contraponto à fantasiosa verdade real desenvolveu-se o conceito de verdade processual (ou formal) que, segundo FERRAJOLI, é “alcança pelo respeito a regras precisas, e relativa somente a fatos e circunstâncias perfilados como penalmente relevante. Esta verdade não pretende ser verdade; [...] está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa”¹⁵⁸. Em linhas gerais a verdade processual encontraria limites à atividade probatória, não permitindo, por exemplo, uma atuação inquisitória de gestão das provas pelo juiz ou a admissão de provas ilícitas. A “verdade” relevada no processo seria, neste contexto, aquela permitida dentro das regras do jogo, como resultado da atividade probatória que encontra limites nas garantias processuais penais. Trata-se de uma “verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, porém mais reduzida quanto ao conteúdo informativo do que qualquer hipotética ‘verdade substancial’”¹⁵⁹.

No entanto, não basta superarmos a categoria “verdade real”, é necessário repensar o papel e o lugar da verdade no processo penal e superar a famigerada busca pela verdade no processo. Neste sentido, acertada a posição de autores como SALAH KHALED JR¹⁶⁰ e AURY LOPES JR¹⁶¹ os quais defendem que a verdade, nem mesmo a processual, pode ser fundante ou legitimante do processo, mas sim contingencial.

De forma semelhante, GUSTAVO BADARÓ defende que “a busca da verdade não é o fim último do processo penal, mas um meio para a correta aplicação da lei penal”, deste modo “o processo penal, enquanto instrumento estatal para que o legítimo exercício do poder punitivo, segundo as regras do devido processo legal, necessita verificar a correção ou a falsidade da imputação de um fato definido como um crime atribuído a alguém”¹⁶².

¹⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 38.

¹⁵⁹ Idem.

¹⁶⁰ KHALED JUNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. 2. Ed. Letramento: Casas do Direito, 2016.

¹⁶¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Posição 422 a 433. (e-book)

¹⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 430 a 431.

GERALDO PRADO apresenta uma outra faceta do estudo da “verdade” no processo penal ao classificá-la como um *indicador epistêmico* e o processo penal como *dispositivo* (este último a partir das lições de RUI CUNHA MARTINS):

[...] a ‘verdade’ cumpre a função de *indicador epistêmico* e serve ao propósito de distinguir – teoricamente e em relação às suas consequências práticas – um tipo de processo baseado na pesquisa e demonstração dos fatos penalmente relevantes, sob a inspiração de limites éticos, daqueles fundado na determinação de responsabilidade penal a partir do consenso ou em bases caprichosas, insondáveis por meio de critérios de aferição adequados.

A adoção da categoria ‘verdade’ como indicador epistêmico releva-se, pois, funcional ao fim de dotar o processo de uma meta e simultaneamente definir os limites éticos, políticos e jurídicos da atividade de investigação da verdade material.

Operar com a noção de indicador epistêmico, na linha preconizada por Michel Foucault, significa reconhecer que as divergências entre teorias da verdade concorrentes na atualidade, superada a perspectiva ontológica da primeira tradição filosófica ocidental, não constitui obstáculo a que se atribua ao processo a qualidade de método epistêmico de determinação da responsabilidade penal de uma pessoa¹⁶³.

A proposição do autor no sentido de adotar a categoria “verdade” como um *indicador epistêmico*, posição adotada por nós nesta pesquisa, permite a adoção de mecanismo que estabelecem *parâmetros epistêmicos de verificação da fiabilidade probatória*, como o instituto da cadeia de custódia da prova penal, tornando-a mais legítima ao evitar posições autoritárias que justificam condenações com base em elementos probatórios contaminados, em inobservância ao devido processo legal, mas, sobretudo, sem o reconhecimento adequado da “verdade” no processo penal.

2.1.3. Limites à atividade probatória (provas ilícitas e ilegítimas)

Como muito bem sintetizado por AURY LOPES JR, no processo penal “forma é garantia e limite de poder, pois aqui se exerce o poder de punir em detrimento da liberdade. É um poder limitado e condicionado, que precisa se legitimar pelo respeito às regras do jogo”¹⁶⁴. No âmbito do estudo da atividade probatória, verificar-se-á que

¹⁶³ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 33.

¹⁶⁴ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Posição 59 a 60. (e-book)

a forma e procedimentos previstos em lei demarcam os limites desta atividade e, por consequência lógica, sua inobservância acarretará a ilicitude dos elementos probatórios produzidos.

Em um Estado Democrático de Direito a condenação criminal e a legitimidade do Estado em exercer seu *ius puniendi* está umbilicalmente ligado ao respeito a normatividade, ou seja, o Estado só está legitimado a impor seu direito de punir na medida em que observa os procedimentos estabelecidos pela legislação criminal. Uma das facetas deste raciocínio refere-se à necessidade de se observar as hipóteses legais dos procedimentos de produção probatória para que a prova jurídica seja considerada válida e admissível.

A demarcação constitucional do limite à atividade probatória pode ser centralizada na análise da redação do art. 5º, inciso LVI, onde preceitua que são “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”; e de forma complementar o art. 157 do CPP estabelece que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Parte da doutrina¹⁶⁵ defende que a categoria “provas ilegais” é gênero que possui como espécies: *i)* provas ilícitas, e; *ii)* provas ilegítimas.

Para estes, as provas ilícitas seriam aquelas decorrentes da violação de regras de direito material ou do próprio texto constitucional, sempre colhidas externamente ao processo, e possuindo como consequência o cometimento de crimes (sanção material), *v.g.*: provas coletadas por meio de busca e apreensão sem autorização judicial, o que configura crime de invasão de domicílio (art. 150 do CP); provas produzidas mediante tortura, o que configura o crime de tortura (art. 1º da Lei 9.455/97).

¹⁶⁵ Neste sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 1982. p. 98 e 99; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A ilicitude na Obtenção de Prova e sua Aferição*, 2015. Disponível em: <<https://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/5194253>>. Acesso em: 30 Jun. 2022.

Já as provas ilegítimas seriam aquelas que decorreriam da violação de normas processuais, ocorridas dentro do próprio processo, como a realização de interrogatório sem que o réu esteja acompanhado de defesa técnica, o que acarretaria numa sanção processual (anulação do interrogatório).

No entanto, o referido entendimento permitia uma interpretação jurídica absurda: “como não havia sanção processual para a violação da regra de direito material, o autor da lesão seria punido no plano do direito material, mas a prova ilícita introduzida no processo era validamente valorada”¹⁶⁶, ou seja, permitia uma interpretação de isolamento dos planos material e processual, o que conferia autorização para utilização de provas ilícitas.

Por outro lado, parte da doutrina¹⁶⁷ entende que a distinção entre provas ilícitas e provas ilegítimas perdeu sentido após a nova redação conferida ao art. 157 do CPP, isto porque ambas acarretam a sanção processual de inadmissibilidade da prova ilegalmente obtida.

Há também a denominada “prova ilícita por derivação”, prevista no §1º, do art. 157 do CPP, onde prevê que também são inadmissíveis os elementos probatórios que derivam de provas ilícitas, estabelecendo as exceções na parte final do §1º: “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”.

É o que a doutrina norte americana denominou de *Fruit of the Poisonous Tree* ou em português frutos da árvore venenosa. Em síntese, tem-se que “a ilicitude da obtenção da prova se transmite às provas derivadas, que, igualmente, devem ser consideradas inadmissíveis no processo”¹⁶⁸.

BADARÓ alerta que “não se pode admitir a utilização da prova ilícita por derivação, sob pena de burlar a própria inadmissibilidade da prova ilícita. É

¹⁶⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 452.

¹⁶⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Posição 480. (e-book); TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 61.

¹⁶⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 459.

necessário, portanto, admitir um efeito reflexo da prova ilícita, que atinge as provas – em si lícitas – que dela derivam”¹⁶⁹.

Outro aspecto que merece ser observado é que mais recentemente, com a entrada em vigor da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), foi acrescentado o §5º ao art. 157 do CPP, o qual, em suma, estabeleceu uma nova hipótese de impedimento judicial a fim de proibir que o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível possa proferir sentença ou acórdão. A referida inovação legislativa é louvável ao passo em que resolve um problema grave de contaminação cognitiva do julgador que, muito embora reconheça a ilicitude do material obtido ilegalmente ou simplesmente haja determinação para que seja desentranhado dos autos, fato é que, ainda assim, conheceu do seu conteúdo e sofrerá influência cognitiva – ainda que indireta – no momento da prolação da decisão.

BADARÓ defende, inclusive, que a referida hipótese de impedimento deveria ser mais ampla, pois “uma vez tomado contato com a prova posteriormente reconhecida como ilícita, deveria haver a imediata substituição do julgador impedido”¹⁷⁰.

No entanto, tem-se que a referida redação do novel §5º, do art. 157 do CPP encontra-se com sua vigência suspensa em razão da decisão liminar – monocrática – proferida pelo Min. LUIZ FUX nas ADI’s nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

2.2. CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PENAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

¹⁶⁹ Idem.

¹⁷⁰ “A exclusão do juiz, por impedimento, não deveria se dar apenas para que ele proferisse sentença ou acórdão. Uma vez tomado contato com a prova posteriormente reconhecida como ilícita, deveria haver a imediata substituição do julgador impedido. Por exemplo, se o juiz toma contato, no início da instrução, com uma prova ilícita, não deverá continuar instruindo o feito para, somente no momento derradeiro da sentença se afastar. Isso, inclusive, ocasionará indevida restrição à identidade física do juiz (CPP, art. 399, §2º), pois o juiz que instruiu o feito não irá sentenciá-lo. Melhor, portanto, que o julgador se afaste do feito tão logo seja reconhecido que teve contato com prova declarada ilícita”. *In* BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 453.

O tema “cadeia de custódia da prova penal” é reclamado há décadas pela doutrina nacional, por vezes enfrentado pelos Tribunais Brasileiros e possui como *leading case* no Superior Tribunal de Justiça o HC n. 160.662/RJ, no entanto, mais recentemente, o instituto foi normatizado pela Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime), o qual acrescentou os arts. 158-A a 158-F ao Código de Processo Penal¹⁷¹.

SANTOS assevera com propriedade que a normatização do instituto da cadeia de custódia da prova no Código de Processo Penal não é fruto do acaso, “mas uma necessidade em virtude da potencialização dos meios de formação de provas invasivos da intimidade e da privacidade, a maioria sigilosa, só revelada ao imputado e à defesa depois de fino, proporcionando contraditório inevitavelmente diferido”¹⁷².

Embora se afirme que o regramento normativo dado ao instituto seja insuficiente por não abordar temas atuais como provas digitais, fato é que se trata de indubitável e necessário avanço normativo no processo penal brasileiro.

A cadeia de custódia da prova penal decorre de uma construção que se dá a partir da interpretação sistematizada de garantias processuais penais previstas na Constituição e tratados internacionais como o contraditório e devido processo legal.

FRANCO CORDERO retrata o processo penal como uma “máquina retrospectiva”¹⁷³, isto porque o processo se propõe a “conduzir os sujeitos processuais a uma viagem no tempo, ao passado, para perceber os fatos como na realidade ocorreram”¹⁷⁴, justamente por essa razão surge a necessidade de se compreender adequadamente a tríade processo penal - prova - verdade.

¹⁷¹ Antes da entrada em vigor da Lei 13.964/19, discutia-se que o inciso I, do art. 6º, e art. 169, ambos do Código de Processo Penal, ainda que de modo incipiente, já previam a necessidade de observância da cadeia de custódia da prova penal, mas que, contudo, havia indiscutível insuficiência normativa.

¹⁷² SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Comentários ao pacote anticrime**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 252.

¹⁷³ CORDERO, Franco. **Procedimiento penal: Tomo II**. Trad. del italiano por Jorge Guerrero. Bogotá: Editorial Temis, 2000. p. 7.

¹⁷⁴ PRADO, Geraldo. A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu; SILVEIRA, Edson Damas da (Org.). **Prova penal**: Estado Democrático de Direito. Santa Catarina: Rei dos Livros e Empório do Direito, 2015. p. 17.

Neste contexto, em um Estado Democrático de Direito, a “verdade” alcançada pelo processo – sem ignorar sua complexidade multifacetária – deve partir da máxima eficácia das garantias processuais penais (AURY LOPES JR.), sobretudo em observância à garantia do devido processo legal – onde se engloba o direito à prova – e contraditório, onde igualmente está inserido o direito ao contraditório no momento da produção da prova e de sua valoração¹⁷⁵.

Deste modo, tem-se em caráter introdutório que o instituto da cadeia de custódia da prova penal “nada mais é que um dispositivo dirigido a assegurar a fiabilidade do elemento probatório, ao colocá-lo sob a proteção de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória”¹⁷⁶, ou seja, o instituto da cadeia de custódia da prova penal estabelece parâmetros epistêmicos que buscam preservar a fiabilidade probatória desde o momento de sua coleta, armazenamento, manipulação, análise até o descarte.

Mais do que isso, o instituto “consiste em estabelecer o mecanismo de prospecção e preservação das provas que deverão estar disponíveis para as partes”¹⁷⁷, de forma a permitir o pleno exercício do contraditório sobre a prova que será utilizada para formar a cognição do julgador.

Um processo penal democrático deve possuir um rigoroso sistema de controle epistêmico de produção probatória que seja capaz de coibir decisionismos¹⁷⁸, é neste contexto que se denota a imprescindibilidade do instituto da cadeia de custódia da prova penal.

¹⁷⁵ LUCIANO FELDENS defende que: “o direito ao contraditório, enquanto direito de manifestação reativa à ação persecutória do Estado, deve ser assegurado em relação (i) aos *atos* narrados na acusação e suas *circunstâncias*; (ii) aos *fundamentos jurídicos-legais* que alicerçam a causa penal; e (iii) à integralidade dos *elementos de prova* que a subsidiam, ainda que não tenham merecido explícita referência na imputação”. In FELDENS, Luciano. **O direito de defesa: a tutela jurídica da liberdade na perspectiva da defesa penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 112.

¹⁷⁶ PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. - 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 86.

¹⁷⁷ PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. p. 87.

¹⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

2.2.1. Conceito

O Código de Processo Penal define “cadeia de custódia” em seu art. 158-A como o “conjunto de todos os procedimentos utilizado para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse manuseio a partir do seu reconhecimento até o descarte”.

Na doutrina mexicana, ESTABAN AGUSTÍN CERVANTES define o instituto da cadeia de custódia da prova como penal como um:

*[...] procedimiento penal, consistente en el seguimiento y continuidad que se le da por parte de la autoridad investigadora, a la evidencia física y/o indicios materiales, con el fin de preservarlos desde su descubrimiento hasta su presentación en un eventual juicio oral y puedan ser reconocidos por quienes se refieran a ellos y que garantiza el equilibrio procesal de las partes, para lo cual, dicha secuencia debe quedar registrada en un formulario diseñado para tal efecto*¹⁷⁹.

PEDRO BOBADILLA REYES, de modo semelhante, conceitua a cadeia de custódia da prova penal como um “*procedimiento que tiene la finalidad de garantizar la integridade, conservación e inalterabilidad de las evidencias, desde que son levantados en el lugar de los hechos hasta su presentación en los juicios orales cuando corresponda*”¹⁸⁰.

GERALDO PRADO, ora adotado como marco teórico, com amparo da construção de processo penal como dispositivo realizada por RUI CUNHA MARTINS, define o instituto da cadeia de custódia da prova como “um dispositivo que pretende assegurar a integridade dos elementos probatórios”¹⁸¹.

2.2.3. Finalidade

As provas no processo penal, com raras exceções, são geralmente produzidas sem a participação do réu e do magistrado, chegando ao conhecimento

¹⁷⁹ CERVANTES, Esteban Agustín. **La cadena de custodia en el procedimiento penal mexicano**. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2016. p. 18.

¹⁸⁰ REYES, Pedro Bobadilla. **Manual de Investigación criminal: una perspectiva de la evidencia**. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2016. p. 81.

¹⁸¹ 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. 80.

destes apenas o resultado da produção probatória¹⁸². Neste contexto, há a necessidade de se adotar mecanismos que possibilitem garantir, por exemplo, que uma arma periciada no curso da instrução de uma ação penal é efetivamente a arma encontrada com o réu, ou que esta não fora manipulada ao ser coletada ou tratada.

Veja-se, portanto, que caso não seja adotado mecanismos de controle epistêmico, como a cadeia de custódia, fato é que não será possível garantir a fiabilidade da prova e a possibilidade de exercício pleno do contraditório, dado que não haverá parâmetros para realizar o rastreamento das fontes.

A finalidade precípua da cadeia de custódia é estabelecer parâmetros epistemológicos que permitam garantir que a prova sob análise do julgador – e que eventualmente será objeto de valoração – é exatamente a mesma prova colhida pelas autoridades no momento de sua obtenção até o seu descarte.

Trata-se do que URAZÁN BAUTISTA¹⁸³ definiu como o “princípio universal da autenticidade da prova”, o que também denominou de “*Ley de la Mismidad*” (ou Lei da Mesmidade, em português). Em suma, a cadeia de custódia “tem o escopo de evitar a manipulação, o erro humano, a fraude, enfim, garantir as condições necessárias para que a evidência possa ser obtida, analisada, auditada e valorada, nas etapas subsequentes do processo penal”¹⁸⁴.

MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, por sua vez, assevera que a cadeia de custódia da prova é uma técnica jurídico-científica processual que possui como

¹⁸² Uma destas exceções são as provas orais, conforme observa MARCOS PAULO DUTRA SANTOS: “Quando se pensa, v.g., na prova testemunhal, o próprio magistrado assegura que o depoente que seja inquirido individualmente, mantendo-o separado dos demais, para que um não interfira nem sugestione as declarações do outro (art. 210 do CPP). Ainda antes de iniciada a tomada do depoimento certifica se a presença física do réu o intimidaria, para fins do art. 217 do CPP. E a parte interessada pode, a seu turno, contraditá-la, nos termos do art. 214 do CPP. Durante a inquirição, o juiz, por conta própria, ou instado pelas partes, assegurará que não recorrerá a escritos, ressalvada a breve consulta a apontamentos (art. 204 do CPP), bem como que não emitirá valorações pessoais, exceto se indissociáveis ao fato narrado na peça acusatória (art. 213 do CPP). Todas essas averiguações são implementadas pelo juiz, com a intervenção das partes, antes e ao longo da produção da prova oral”. In SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Comentários ao pacote anticrime**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 249.

¹⁸³ BAUTISTA, Juan Carlos Urazán. **La cadena de custodia en el Nuevo Código de Procedimiento Penal**. Disponível em: <<http://fundacionluxmundi.com/custodia.php>>. Acessado em 10 de ago. de 2021.

¹⁸⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal estratégico**: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A. Florianópolis: Emais, 2021. p. 400.

finalidade “conservar a identidade (originalidade) e a autenticidade (integridade) da prova recolhida, apreendida com a realização de um meio de obtenção de prova constitucional e legalmente admissível”¹⁸⁵.

2.2.4. Etapas da cadeia de custódia e os novos artigos 158-A a 158-F do Código de Processo Penal (Lei n. 13.469/19)

Superada a definição de “cadeia de custódia”, cumpre analisarmos as etapas procedimentais previstas nos noveis arts. 158-A a 158-F do Código de Processo Penal. Verificar-se-á que a legislação passou a prescrever uma série de atos que devem ser observados pelas autoridades que possuem contato com as provas, com o intuito de preservá-las, e compreende desde a exigência de preservação do local do crime, coleta do vestígio até o seu eventual descarte.

O art. 158-A, §1º do CPP, prevê que o “início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio”, a partir deste momento, o agente público que identificar vestígio¹⁸⁶ que possua potencial necessidade de realização de prova pericial ficará responsável pela sua preservação até submetê-lo ao perito responsável pela análise técnica¹⁸⁷. O art. 158-C, §2º, do CPP, estabelece, ainda, uma proibição de entrar em locais ou isolados ou manipular vestígios que se encontram nestes locais, ou seja, atos que prejudicam sua preservação, sob pena de configuração de crime de fraude processual¹⁸⁸.

¹⁸⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Cadeia de custódia da prova penal**. 2. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2020. p. 93.

¹⁸⁶ O CPP define vestígio em seu art. 158-A, §3º: “Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal”.

¹⁸⁷ §2º, art. 158-A, do CPP.

¹⁸⁸ Por mais que o dispositivo sob comento determine que a prática destas duas condutas – entrada em locais isolados e remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável – deverá ser tipificada como fraude processual, é crucial perceber que não se trata o dispositivo em questão, de um tipo penal autônomo, tanto é que não contém qualquer referência aos sujeitos do crime de fraude processual a que se refere o art. 158-C, §2º, do CPP, estará condicionada, inexoravelmente, à presença das respectivas elementares do delito em questão – notadamente o chamado elemento subjetivo especial do injusto –, que encontra previsão legal no art. 347 do Código Penal, no art. 312 do Código de Trânsito Brasileiro, e nos arts. 23 e 24 da nova Lei de

Nos incisos do art. 158-B, o Código de Processo Penal fixa as seguintes etapas da cadeia de custódia da prova penal: i) reconhecimento; ii) isolamento; iii) fixação; iv) coleta; v) acondicionamento; vi) transporte; vii) recebimento; viii) processamento; ix) armazenamento, e, por fim; x) descarte.

O reconhecimento consiste, segundo a própria definição legal, no “ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial”¹⁸⁹. Em seguida deverá ser procedido o *isolamento* do local com o intuito de evitar que o vestígio sofra alguma contaminação ou alteração¹⁹⁰.

A terceira etapa, denominada fixação, exige que o agente público realize uma descrição detalhada do vestígio, individualizando-o, prescrevendo a possibilidade – e não obrigatoriedade – de realização de registros fotográficos, filmagens ou croqui, sendo obrigatório a descrição detalhada do vestígio no laudo pericial¹⁹¹. Embora a realização de registros fotográfico e filmagens seja facultativo pela dicção legal, tem-se que com o avanço tecnológico, amplo acesso a smartphones que possuem excelente qualidade de imagem, é extremamente recomendável a realização de registros por foto e vídeo.

A coleta, por sua vez, consiste no “ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza”¹⁹².

Após deverá ser realizado o acondicionamento do vestígio, ato que consiste na separação e empacotamento individualizado, inclusive constar informações acerca da data, horário e nome do agente público responsável pelo ato¹⁹³.

Urge, aqui, a necessidade de se compreender que, a depender da natureza do vestígio, o seu acondicionamento deverá observar suas características, mas, sobretudo, deve ser respeitado o *mens legis* da norma, ou seja, a necessidade de

Abuso de Autoridade”. In LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime**: Comentários à Lei nº 13.964/19. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 275.

¹⁸⁹ Inciso I, do art. 158-B do CPP.

¹⁹⁰ Inciso II, do art. 158-B do CPP.

¹⁹¹ Inciso III, do art. 158-B do CPP.

¹⁹² Inciso IV, do art. 158-B do CPP.

¹⁹³ Inciso V, do art. 158-B do CPP.

armazenar adequadamente o vestígio e rastrear os responsáveis e a forma de seu manuseio, inclusive nas hipóteses de vestígios digitais.

A sexta etapa consiste no transporte do vestígio, onde, em suma, o código de processo penal exige que seja realizado em observância às especificidades do material coletado, isto é, que seja transportado em embalagem, veículo, temperatura, dentre outras características, que permitem a transferência sem que haja qualquer contaminação ou alteração do vestígio¹⁹⁴. O art. 158-D, §1º, de forma complementar, exige que “todos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte”.

A sétima etapa trata-se do recebimento, que, segundo preceitua o inciso VII, do art. 158-B, trata-se do “ato formal de transferência da posse do vestígio”, o qual deverá ser referenciado com informações como número dos autos da investigação preliminar ou ação penal, órgão responsável, local de origem, nome do agente público responsável pelo transporte, código de rastreamento, natureza do exame e do vestígio, informações acerca do protocolo, assinatura e identificação (matrícula) do agente responsável pelo recebimento.

O processamento, conforme estabelece o código, trata-se da realização do exame pericial em si, o que, por evidente, exige que o vestígio seja retirado do local onde encontra-se acondicionado para que, então, o perito oficial possa empregar as técnicas e metodologias adequadas para que seja elaborado o laudo pericial¹⁹⁵. O art. 158-D, §3º, prescreve, ainda, que o vestígio somente poderá ser aberto pelo perito oficial que irá realizar a análise e, motivadamente, por pessoa autorizada, v.g.: assistente técnico.

Neste aspecto, verifica-se que o código não estabelece de quem partiria a permissão para realizar a abertura do vestígio, SANTOS defende que a autorização deverá partir do próprio perito oficial responsável pela análise, o que não é

¹⁹⁴ Inciso VI, do art. 158-B do CPP.

¹⁹⁵ Inciso VIII, do art. 158-B do CPP.

equivocado, mas também poderá ser autorizado pelo juiz, enquanto autoridade jurisdicional, ao, por exemplo, deferir habilitação de assistente técnico.

Após a realização do laudo pericial ou abertura do vestígio, deverá ser realizado seu armazenamento, que, como pressupõe o nome, consiste no procedimento de guarda do material em local adequado até que seja objeto de contraperícia, descarte ou transporte, sempre vinculado ao número do laudo e procedimento de origem¹⁹⁶.

Por fim, a última etapa consiste no descarte, que, em suma, trata-se do “procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial”¹⁹⁷. Oportuno esclarecer que o descarte não deve ser realizado de forma automática, como consequência direta da conclusão do laudo pericial, primeiro porque pode tratar-se de bem que possua valor e possua proveniência lícita, como um aparelho celular ou notebook, os quais, após a perícia, deverão ser objeto de restituição ao proprietário; por outro lado, caso o bem possua proveniência ilícita ou material que por sua natureza não comporte restituição, como drogas, armas ilegais e material genético, o agente público deverá, nestes casos, realizar o procedimento de descarte do vestígio.

Outro aspecto a ser levado em consideração é que mesmo na hipótese de bens de origem ilícita ou que por sua natureza não comportem restituição, há a necessidade de se armazenar parte do material para que seja possível a realização de contraprova ou elaboração do laudo definitivo, conforme prevê os arts. 50, §3º e 50-A, da Lei 11.343/06. As amostras guardadas, por sua vez, deverão ser destruídas após o arquivamento da ação penal ou investigação preliminar, conforme disposição do art. 72 da Lei 11.343/06.

SANTOS¹⁹⁸ faz importante observação ao alertar que muito embora o Código de Processo Penal tenha descrito como nunca antes as etapas da cadeia de custódia da prova penal, é elementar ter em mente que não se pode limitar aos procedimentos

¹⁹⁶ Inciso IX, do art. 158-B do CPP.

¹⁹⁷ Inciso X, do art. 158-B do CPP.

¹⁹⁸ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Comentários ao pacote anticrime**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2020. p. 257.

ali previstos, isto porque deve ser observado outras legislações que dispõem de forma complementar acerca do tema, como os protocolos de perícia forense no crime de tortura e procedimento operacional padrão da perícia criminal, elaborado pelo Ministério da Justiça.

2.2.5. Consequências jurídicas da quebra da cadeia de custódia da prova penal

Questão extremamente relevante no contexto do estudo da cadeia de custódia da prova penal é analisar se a inobservância das etapas da cadeia de custódia, disciplinadas nos arts. 158-A a 158-F do Código de Processo Penal, o que se denomina de “quebra da cadeia de custódia”, acarreta – ou não – a inadmissibilidade/nulidade da prova colhida.

GERALDO PRADO, com razão, assevera que “verificada a quebra da cadeia de custódia, o que há é a impossibilidade do exercício do contraditório pela parte que não tem acesso à prova íntegra”¹⁹⁹. Deste modo, ao restar prejudicado o exercício efetivo do direito ao contraditório, a consequência jurídica da quebra da cadeia de custódia da prova deve ser a sua inadmissibilidade ou nulidade automática da prova colhida. Inclusive com a declaração de nulidade por derivação de eventuais elementos probatórios que tenham decorrido da prova penal em que fora identificado a ausência de integridade, com exceção daquelas que eventualmente não possuírem nexo causal com a prova anulada ou inadmitida, nos termos do art. 157, §§1º e 2º, do CPP.

A quebra da cadeia de custódia impede garantir que o vestígio colhido é exatamente aquele que foi objeto de análise pelo perito oficial ou que está disponível às partes para realização de contraprova, o que prejudica não apenas o exercício do contraditório, mas coloca em dúvida razoável a fiabilidade daquele elemento probatório ao não permitir que seja auferida a autenticidade do elemento probatório. O que contraria, portanto, o denominado princípio da mesmidade.

¹⁹⁹ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 128.

A importância da referida consequência jurídica é justamente prevenir erros na valoração jurídica das provas pelo magistrado, o que é muito bem observado por MICHELE TARUFFO: a “*regulación jurídica de la admisibilidad de los medios de prueba, que a menudo se dirige en gran parte a prevenir errores en la valoración de las pruebas, excluyendo a priori aquellas que el legislador considera de alguna forma peligrosas*”²⁰⁰.

O *leading case* do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema trata-se do julgamento do HC 160.662/RJ²⁰¹, onde reconheceu-se a ilicitude das interceptações telefônicas produzidas na Operação “Negócio da China”, da Polícia Federal, pois identificou-se que não fora anexado aos autos a íntegra das conversas interceptadas, tendo ocorrido a juntada parcial dos elementos probatórios, o que, por corolário, impediu o reconhecimento da autenticidade e integridade da prova. O resultado foi a declaração da nulidade da prova e determinação de seu desentranhamento e das provas dela derivadas.

Trata-se de posicionamento acertado, pois “os elementos remanescentes sofrem com a lacuna criada pela supressão de outros elementos que poderiam configurar argumentos persuasivos em sentido contrário à tese deduzida no processo e por essa razão estão contaminados e igualmente não são válidos”²⁰², ou seja, eventual trecho suprimido possui potencial persuasivo de esclarecer outro trecho utilizado pela acusação e retirado de contexto.

O mencionado *leading case* fora julgado pela 6ª Turma do STJ em 18 de fevereiro de 2014, antes da entrada em vigor da Lei 13.964/19 que incorporou os arts. 158-A a 158-F ao Código de Processo Penal que normatizam o instituto da cadeia de custódia da prova penal, ou seja, trata-se de julgamento realizado antes da normatização do instituto na legislação processual penal brasileira.

²⁰⁰ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 4. Ed. (Traducción de Jordi Ferrer Beltrán) Madrid:Editorial Trotta, 2011. p. 421.

²⁰¹ STJ, 6ª Turma, HC 160.662/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 18/02/2014, DJe 17/03/2014.

²⁰² PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 128.

Mais recentemente, em 23 de novembro de 2021, a 6ª Turma do STJ, na oportunidade do julgamento do HC 653.515/RJ, tornou a enfrentar o tema, agora na vigência dos novos arts. 158-A a 158-F do CPP, e muito embora tenha reconhecido a quebra da cadeia de custódia, bem como declaração da ilicitude probatória do material apreendido o que ora entregue para perícia sem lacre, entendeu que “as irregularidades constantes da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de aferir se a prova é confiável”²⁰³.

Trata-se de posição equivocada, uma vez que os demais elementos produzidos na instrução não possuem capacidade epistêmica de garantir a integridade de uma prova que teve sua cadeia de custódia violada, ou seja, não são os outros elementos constantes na instrução que permitiram garantir em maior grau de verossimilhança que a prova que sofreu quebra da cadeia de custódia é a mesma coletada no local do crime.

Deste modo, visto que “em matéria penal não é possível presumir a legitimidade dos atos de investigação para demonstrar a seriedade da prova”²⁰⁴, tem-se, portanto, que a consequência jurídica da quebra da cadeia de custódia da prova penal não pode ser outra a não ser a declaração de sua nulidade, assim como dos elementos probatórios que dela decorra.

²⁰³ HC n. 653.515/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/11/2021, DJe de 1/2/2022: “Não se agiu de forma criteriosa com o recolhimento dos elementos probatórios e com sua preservação; a cadeia de custódia do vestígio não foi implementada, o elo de acondicionamento foi rompido e a garantia de integridade e de autenticidade da prova foi, de certa forma, prejudicada. Mais do que isso, sopesados todos os elementos produzidos ao longo da instrução criminal, verifica-se a debilidade ou a fragilidade do material probatório residual, porque, além de o réu haver afirmado em juízo que nem sequer tinha conhecimento da substância entorpecente encontrada, ambos os policiais militares, ouvidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não foram uníssonos e claros o bastante em afirmar se a droga apreendida realmente estava em poder do paciente ou se a ele pertencia”.

²⁰⁴ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 82.

CAPÍTULO 3

A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS REGRAS DE CADEIA DE CUSTÓDIA DE PROVAS PRODUZIDAS NO EXTERIOR

3.1. PROVA E COOPERAÇÃO JURÍDICA: ENTRE O UTILITARISMO E O GARANTISMO

A criminalidade transnacional, como visto, trata-se de fenômeno reflexivo ao avançado estágio de globalização. A fluidez do capital, a velocidade da transmissão de dados, a quantidade de pessoas conectadas à internet, a diminuição da perspectiva espaço-tempo com a implementação de novas tecnologias, dentre outros aspectos, são fatores que contribuíram de modo direto para que a criminalidade organizada transnacional surgisse e, mais do que isso, tem permitido que ela se reinvente dia após dia.

Um dos principais entraves práticos identificados no âmbito da *persecutio crimininis* internacional trata-se do valor atribuído à soberania pelos Estados, isto porque uma perspectiva clássica de território, com uma posição rígida de não colaboração com outros Estados, faz com que a criminalidade transnacional fique impune.

As formas clássicas de enfrentamento da criminalidade, limitadas ao território nacional, não são capazes de fazer oposição a uma delinquência que fora capaz de compreender e utilizar as novas tecnologias²⁰⁵. É o que JAPIASSÚ sintetiza muito bem: “a internacionalização do crime levou à internacionalização da sua prevenção e repressão”²⁰⁶.

²⁰⁵ GIACOMOLLI, Nereu. Valoração da Prova no Âmbito da Cooperação Jurídica Internacional. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu; SILVEIRA, Edson Damas da (Org.). **Prova penal**: Estado Democrático de Direito. Santa Catarina: Rei dos Livros e Empório do Direito, 2015. p. 51 a 52.

²⁰⁶ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional**: a internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 16 - 17.

GIACOMOLLI assevera que essa “nova ordem mundial (SCHAUTHER) carece de uma regulação complexa, para além do doméstico e ordinário, de um questionamento das noções estanques e clássicas da soberania, território e de jurisdição”²⁰⁷.

Muito embora as discussões acerca do transjudicialismo criminal sejam embrionárias, tem-se como “inafastável a necessidade de solidariedade entre os Estados na *persecutio* da criminalidade transnacional, de cooperação”²⁰⁸, exigindo cada vez mais a celebração de acordos de cooperação jurídica internacional bilaterais e/ou multilaterais – tudo o que fora anteriormente discutido no “Capítulo 1” da presente pesquisa.

Contudo, o autor alerta que “a solidariedade entre os Estados na *persecutio criminis* não pode esquecer do sujeito concernido, aquele que sofre as consequências da cooperação jurídica”²⁰⁹.

Em suma, por mais grave que seja a criminalidade transnacional e suas consequências, bem como as dificuldades jurídicas que decorrem da própria complexidade deste fenômeno criminal, não se pode adotar visão utilitarista no âmbito da cooperação jurídica internacional e tornar o investigado um objeto da persecução criminal, negando-lhe o *status* de sujeito de direitos. Há, portanto, uma necessidade de equalizar o enfrentamento da criminalidade transnacional com as garantias processuais penais.

Aliás, cumpre reforçar que no âmbito da cooperação jurídica internacional e persecução penal transnacional, deve-se pensar em uma gama ainda maior de implementação e efetivação de direitos e garantias processuais penais, isto porque trata-se de persecução penal que terá tramitação em mais de um único Estado, o que onera o réu e inviabiliza o acesso à justiça e o exercício do contraditório pleno.

²⁰⁷ GIACOMOLLI, Nereu. Valoração da Prova no Âmbito da Cooperação Jurídica Internacional. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu; SILVEIRA, Edson Damas da (Org.). **Prova penal**: Estado Democrático de Direito. Santa Catarina: Rei dos Livros e Empório do Direito, 2015. p. 53.

²⁰⁸ Idem.

²⁰⁹ Idem. p. 54.

Há, portanto, uma tensão premente entre “necessidade de cooperação e preservação da soberania nacional, entre esta e sistemas de integração, regionais ou comunitários, bem como entre a *persecutio criminis* e a proteção dos direitos fundamentais dos concernidos e a proteção dos direitos fundamentais”²¹⁰, sobretudo no âmbito probatório, objeto ora delimitado da presente pesquisa.

Demonstra-se acertada a posição de GIACOMOLLI ao afirmar que “acima da solidariedade internacional na *persecutio criminis* está a manutenção da conformação do Estado de Direito, também incidente na produção lícita e legítima da prova, para que, também, neste paradigma seja avaliada pelo Estado requerente”²¹¹.

O autor conclui ao asseverar que existem 2 (duas) principais cláusulas que representam os instrumentos normativos que limitam a atividade probatória no contexto da cooperação jurídica internacional: i) o respeito à “ordem pública”, e; ii) o princípio da especialidade.

No que se refere a primeira cláusula, tem-se que compreender adequadamente o que é “ordem” já se revela tarefa bastante complexa. E talvez o melhor sentido a ser empregado à categoria seja aquela que se adeque a noção de relação constante.²¹²

Neste ponto, para a expressão “ordem pública”, a noção possa ser extraída da obra do sociólogo norte-americano JOEL CHARON, o qual trata a categoria “ordem social”, que para ele, “significa que as ações entre os indivíduos são previsíveis, ordenadas, padronizadas, baseadas em regras. Assim, cada ator social é, em certa medida, governado pela sociedade. Existindo a ordem, os atores não agem de modo como desejam. A ação é governada por expectativas mútuas e um contrato governa o relacionamento”²¹³.

²¹⁰ Idem. p. 55.

²¹¹ Idem. p. 57.

²¹² CHAVES JUNIOR, Aírto; SILVA, Luciana Bittencourt Gomes. Garantia da ordem pública como critério de encarceramento cautelar nas câmaras criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina: uma análise teórico-empírica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.3, 3º quadrimestre de 2020, p. 822.

²¹³ CHARON, Joel. **Sociologia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo, 1999, p. 148.

Desse modo, embora seja certo que se trate de conceito indeterminado, fato é que há muito mais referências à necessidade observância à “ordem pública” em tratados internacionais do que aos direitos fundamentais, o que justifica uma análise mais aprofundada do conceito. Argumenta que é possível concluir que a inobservância do texto constitucional, numa perspectiva de análise da normatividade interna, acarreta a violação da ordem pública, e, por essa razão, não poderá gerar efeitos no ordenamento jurídico interno.

Esclarece, contudo, que a adoção de uma visão muito ampliativa do conceito de “ordem pública” pode inviabilizar a cooperação jurídica em matéria penal, mas a melhor interpretação em hipótese alguma pode perder de vista a observância dos direitos fundamentais assegurados pelo Estado brasileiro²¹⁴.

Já o “princípio da especialidade” diz respeito acerca da impossibilidade de utilização de provas produzidas no exterior, pelo Estado requerente, em procedimentos ou processos diversos daquele inicialmente apontado para fundamentar o pedido de cooperação jurídica internacional, admitindo a utilização excepcional se houver a concordância do Estado requerido²¹⁵.

No âmbito da cooperação jurídica internacional, principalmente no contexto de obtenção de provas, o referido princípio busca “evitar o desvio da finalidade originária do requerimento cooperacional e, principalmente, impedir a violação dos elementos do justo processo (princípios, garantias constitucionais e convencionais), incidentes na produção de provas”²¹⁶.

²¹⁴ Idem. p. 58 a 65.

²¹⁵ A referida cláusula é prevista em diversos diplomas internacionais, v.g.: art. 12 do Decreto nº 3.468, de 17 de maio de 2000 (Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais do Mercosul); art. XIV, 1, do Decreto nº 6.462, de 21 de maio de 2008 (Acordo Bilateral com Cuba); art. IX, 1, do Decreto nº 6.681, de 8 de dezembro de 2008 (Acordo Bilateral com a Espanha); art. 7.3., do Decreto nº 6.282, de 3 de dezembro de 2007 (Acordo Bilateral com a China); art. 10. 2., do Decreto nº 7.595, de 1 de novembro de 2011 (Acordo Bilateral com o México); art. 9.2., do Decreto nº 7.582, de 13 de outubro de 2011 (Acordo Bilateral com a Nigéria). Ressalta-se, contudo, que o Acordo Bilateral entre o Brasil e os Estados Unidos da América (*Mutual Legal Assistance Treaty* – MLAT), de forma excepcional, permite o amplo compartilhamento de provas, com exceção daquelas em que o Estado requerido expressamente indicar a impossibilidade de compartilhamento.

²¹⁶ GIACOMOLLI, Nereu. Valoração da Prova no Âmbito da Cooperação Jurídica Internacional. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu; SILVEIRA, Edson Damas da (Org.). **Prova penal**: Estado Democrático de Direito. Santa Catarina: Rei dos Livros e Empório do Direito, 2015. p. 67.

Há, portanto, a necessidade de harmonizar, por um lado, a cooperação jurídica internacional como mecanismo jurídico hábil ao enfrentamento da nova criminalidade transnacional e, por outro lado, a imposição de limites à utilização do referido instituto, sobretudo no âmbito da produção probatória, que, como visto, não poderá ofender garantias processuais penais constitucionalmente asseguradas.

3.2. CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PENAL E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

3.2.1. Cadeia de custódia da prova penal como decorrência de garantias internacionais de direitos humanos

A Organização das Nações Unidas (ONU), ao ser criada em 1945, publicou a “Carta da ONU”, onde instituiu o denominado *sistema internacional de proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais*. Estabeleceu-se como regra universal a necessidade de “promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos” (art. 1.3).

Já em 1948 a ONU publicou a “Declaração Universal dos Direitos Humanos” (DUHD), a qual muito embora fora criada como uma espécie de etapa anterior à elaboração de um tratado que servisse de pacto normativo universal, considera-se que ainda assim possui natureza de tratado internacional e elenca “os direitos e as liberdades fundamentais, assentando uma base axiológica universal de respeito e proteção, um paradigma ético e humanitário, também aplicável ao sistema criminal, ao processo penal, com regras internacionais de *jus cogens*”²¹⁷.

Atualmente compreende-se que o sistema universal de direitos humanos concebe os seguintes diplomas internacionais: i) a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948; ii) o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos,

²¹⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo legal**: abordagem conforme a Constituição Federal e a Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 31. (e-book)

de 1966, e; iii) Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também de 1966.

Outro importante diploma internacional trata-se da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também denominada de “Pacto de São José da Costa Rica”, que muito embora tenha sido internacionalmente aprovada em 18/07/1978, somente fora internalizada no Brasil em 25/09/1992, por meio do Decreto nº 678/1992. A CADH traz uma série de garantias processuais penais em seu art. 8º, tais como o devido processo legal, contraditório, direito de defesa, duplo grau de jurisdição, direito à prova, dentre outros²¹⁸. Bem como o art. 7º prevê uma série de garantias afetas à proteção da liberdade.

GIACOMOLLI faz importante observação ao anotar que com o avançado estágio de desenvolvimento do sistema universal de direitos humanos, com a positivação de diversos direitos fundamentais em âmbito interno e externo, exige um reconhecimento e aplicação da internormatividade e interjurisdicionalidade, o que se denomina de “*diálogo das fontes*”:

²¹⁸ ARTIGO 8: Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
 - a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
 - b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
 - d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
 - e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
 - f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.
 - g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e
 - h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

A dicotomia verticalidade e horizontalidade, normatividade constitucional e infraconstitucional, coatividade e zonas de consenso, no âmbito jurídico, em razão da nova configuração internacional e da universalização dos direitos humanos, há de ser perpassada por novas perspectivas de comunicação normativa e jurisdicional. A adequação das regras do processo penal, portanto, ultrapassa a mera adequação constitucional e adere à normatividade internacional, em perspectiva evolutiva das necessidades e possibilidades de realização e, sobretudo, de interdependência, em suma, na realização do devido processo, na perspectiva de um direito inserido na proteção humanitária internacional.

Os Estados-Membros não se constituem em planetas a gravitar em uma órbita incomunicável e isolada, mas pertencem a um cosmos articulado, interdependente, temporal e dinâmico. Há várias normatividades e dirigismos (ordinário, constitucional, convencional regional, convencional universal, v. g.), acrescendo-se, fora do plano criminal, a diversidade de normatividades privadas (autorregulações), cuja juridicização antecede ou é concomitante ao fato. Perpassam a normatividade convencional, constitucional e ordinária, a subjacência fática, em determinado tempo e lugar, moldadas pelos sujeitos. O resultado do processar passa por todas essas filtragens, mas sempre será uma obra humana; portanto, imperfeita e impura²¹⁹.

Este novo paradigma reivindica que o processo penal seja compreendido e interpretado a partir de um viés onde se leve em consideração o diálogo das fontes, o que exige respeito e efetivação das garantias previstas em âmbito interno – em observância à Constituição Federal e leis ordinárias – e em âmbito externo – com respeito às disposições dos tratados, convenções, acordos bilaterais e multilaterais.

MARCOS LEITE GARCIA²²⁰ observa, contudo, que o processo de internacionalização dos direitos humanos não tem sido eficiente na proteção dos direitos fundamentais, sobretudo pela falta de coercibilidade transnacional, razão pela qual defende “a necessidade de criação de um espaço transnacional para que a Comunidade Internacional possa proteger questões tão urgentes para o ser humano”²²¹, como a criminalidade transnacional.

No contexto probatório, mais especificamente ao tratar do instituto da cadeia de custódia da prova penal, é possível afirmar que muito embora não possua previsão expressa em diplomas internacionais, a bem da verdade constitui corolário

²¹⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo legal**: abordagem conforme a Constituição Federal e a Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 53. (e-book)

²²⁰ GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. In CRUZ, Paulo Márcio (org). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 197.

²²¹ Idem.

lógico que decorre de uma serie de garantias processuais penais que possui *status* de direitos humanos e que são internacionalmente asseguradas.

É necessário que se parta do pressuposto de que a normatização da cadeia de custódia da prova no processo penal é a concretização do princípio da legalidade, “dando à produção probatória balizas legais objetivas, relacionadas não apenas aos pressupostos de admissibilidade e seus requisitos, mas à sua consecução, desde a origem, viabilizando, por conseguinte, o terceiro princípio (controle)”²²².

Mais do que isso, a cadeia de custódia busca viabilizar o exercício do contraditório efetivo na medida em que (i) possibilita que o concernido da persecução penal possua conhecimento integral (direito a informação) acerca das fontes de prova empregadas pela acusação, bem como (ii) possibilita que as partes e o magistrado possuam um maior nível de verossimilhança epistêmica em saber que o vestígio coletado não sofreu ingerências.

3.2.2. Utilização de técnicas especiais de investigação (TIES) em investigação de crimes transnacionais

Cada vez mais tem sido empregado “métodos ocultos de investigação criminal” que, segundo BENJAMIM SILVA RODRIGUES²²³, são técnicas que invadem as partes mais sensíveis da intimidade dos investigados sem que estes tomem conhecimento ou sequer percebam a execução da medida.

No Brasil, o principal marco teórico acerca do tema são as produções acadêmicas de GERALDO PRADO²²⁴, quem denomina as referidas medidas como “técnicas especiais de investigação” (TIES), exemplos: interceptação telefônica,

²²² SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Comentários ao pacote anticrime**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 253.

²²³ RODRIGUES, Benjamim Silva. **Da prova penal: Tomo II – Bruscamente ... A(s) Face(s) Oculta(s)** dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal. Lisboa: Rei dos Livros, 2011.

²²⁴ Conferir em: PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019; PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. - 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

investigação em mídias digitais, investigações em nuvem (*cloud*), agentes infiltrados, interceptação de e-mails, escutas, dentre outros.

As técnicas especiais de investigação merecem especial atenção pelo fato de que “tendem a violar o âmbito essencial de configuração da vida privada e a legalidade penal não se desenvolve na mesma velocidade para estipular critérios e definir mecanismos que protejam este âmbito essencial contra as intrusões repudiadas constitucionalmente”²²⁵.

A adoção destes métodos ocultos de investigação tem se tornado regra nas investigações preliminares, sobretudo no âmbito da criminalidade transnacional, obstaculizando cada vez mais ao investigado exercer seu direito ao contraditório no momento da produção da prova, permitido tão somente impugnar os elementos probatórios já produzidos, de forma diferida.

E muito embora as alterações legislativas inauguradas no processo penal brasileiro com o advento da Lei n. 13.964/2019 tenha reforçado a disposição do art. 155 do CPP²²⁶ ao prever que os autos que compõe o inquérito policial deverá permanecer acautelado na vara do juiz das garantias e não poderá acompanhar a ação penal (art. 3º-C, §3º, do CPP²²⁷), no entanto, a novel legislação possui como principal problema o fato de que uma das exceções da referida regra é justamente os documentos relativos às provas irrepetíveis e medidas de obtenção de provas – onde se inclui as TIES.

²²⁵ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 106.

²²⁶ Onde estabelece que “prova” é aquilo produzido mediante contraditório judicial, enquanto as informações produzidas durante a investigação preliminar possui valor probatório de “elemento informativo: 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.

²²⁷ Onde claramente o legislador buscou evitar manobras processuais que buscam atribuir valor probatório aos elementos informativos produzidos de forma unilateral e discricionária durante a investigação preliminar: art. 3º-C. (*omissis*): [...] § 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; [...].

Outro aspecto das TIES que merece atenção trata-se da ausência de clareza da forma em que as diligências são empregadas, justamente por este motivo recebem a pecha de “métodos ocultos” de obtenção de provas.

A ocultes atribuída não deriva simplesmente do fato de que o investigado não possui ciência da execução da medida, mas, sobretudo, pelo fato de que não há clareza acerca da “forma”, “como”, “quando” e “o que” é executado pelas autoridades, o que dificulta o emprego de técnicas de verificação da autenticidade do material produzido (controle epistêmico); o que, por corolário, acarreta o cerceamento de garantias processuais penais como contraditório e ampla defesa.

A título exemplificativo é possível mencionar o *leading case* da paradigmática decisão proferida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 160.662/RJ, onde discutia-se a impossibilidade de se atribuir autenticidade ao material apresentado como resultado de interceptação telefônica, pois verificou-se que não fora apresentado a íntegra dos elementos obtidos pela Polícia Federal, e, sim, tão somente aquilo que servia aos interesses da acusação.

Há notória dificuldade de se implementar mecanismos adequados de controle epistêmico, pois, como visto, não há clareza na forma e modo com que tais diligências são empregadas. Neste contexto, ao inexistir meios de garantir a integridade da prova, evidentemente que não resta outra consequência jurídica a não ser a declaração de invalidade do conjunto probatório.

ROSA assevera que “a subtração, por parte da acusação, de conteúdo probatório, além de violar a boa-fé objetiva e a ‘Regra de Brady’, pode atender a interesses estratégicos ou protecionistas, isto é, pode dificultar o exercício da defesa e/ou evitar que agentes públicos sejam responsabilizados”²²⁸.

Diante desta tensão entre emprego de técnicas ocultas de investigação e necessidade de observância de garantias processuais penais, PRADO²²⁹ aponta que o

²²⁸ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal estratégico**: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-C. Florianópolis: Emais, 2021. p. 405.

²²⁹ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 109.

Conselho Europeu editou 3 princípios reitores que devem orientar o emprego da TIES: i) a necessidade de uma base legal clara para o empregado das medidas de investigação de caráter secreto ou de intromissão; ii) o respeito ao “princípio da proporcionalidade”, e; iii) a existência de controles.

O terceiro princípio converge, portanto, com a necessidade cada vez maior de se adotar a cadeia de custódia da prova penal como mecanismo de controle epistêmico da prova, permitindo maior qualidade no material probatório, sobretudo no contexto da atividade probatória transnacional.

Desafio ainda maior trata-se da atividade probatória digital com o emprego de técnicas especiais de investigação, o que ocorre com frequência no contexto da criminalidade transnacional. TARUFFO observa que *“cada vez con más frecuencia las transacciones se estipulan o documentan por medio de ordenadores, y los registros informáticos y las copias impresas se suelen usar como pruebas”*²³⁰.

PRADO alerta que as provas digitais passam a falsa impressão de que são capazes de revelar uma “verdade absoluta”²³¹, que não deixa espaço para dúvidas, ainda que o material probatório seja produzido de forma unilateral, a bem da verdade, como alerta o autor, “por este ângulo equivocado o contraditório judicial seria o motivo de contaminação da ‘verdade’, veículo de impurezas destinada a assegurar a impunidade do agente”²³².

A utilização de recursos de captação de áudio, vídeo e mensagens gera uma *crença* no imaginário do julgador que, mesmo “prevenido acerca da riqueza de meios tecnológicos existentes na atualidade, capazes de manipular e distorcer

²³⁰ TARUFFO, Michele. **La prueba**. Traducción de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 85.

²³¹ “A tendência dominante no âmbito das agências encarregadas de reprimir as infrações penais consiste em dissipar a diferença entre os citados meios. A rigor neste plano a distinção, por exemplo, entre a informação obtida por meio da interceptação telefônica colhida unilateralmente, em um contexto de supressão do *nemo tenetur*, e outros elementos informativos filtrados pelo contraditório judicial consistiria no fato de a primeira ser em tese de qualidade epistêmica superior”. In PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 115.

²³² Idem.

imagem e som, tende a crer no poder do que foi registrado e é dessa forma [...] que a crença se instala no polo da convicção, que seria seu oposto”²³³.

Há que se reconhecer, portanto, a necessidade de se estabelecer mecanismos de controle epistêmico principalmente para as provas produzidas em âmbito digital, ainda que possuam uma aparência de maior qualidade epistêmica.

Muito embora a criminalidade transnacional evolua com indiscutível velocidade e emprego de novas tecnologias, o que também exige a utilização de ferramentas que sejam capazes de apurar tais práticas delitivas, tem-se como imprescindível a necessidade do estabelecimento de balizas legais claras a viabilizar o exercício do controle epistêmico da atividade probatória por meio de institutos como a cadeia de custódia.

Como muito bem leciona FAZZALARI²³⁴, o processo só existe enquanto processo judicial num Estado Democrático de Direito se for constituído como um procedimento em contraditório, de modo a viabilizar que o imputado possua mecanismos hábeis ao exercício efetivo do contraditório em sua dupla dimensão: i) direito amplo de informação (saber do que está sendo acusado e com base em quais elementos, incluindo a forma com que são produzidos), e; ii) direito de reação (possibilidade processual de contrapor a versão acusatória).

3.3.3. A necessidade de observância das regras de cadeia de custódia de provas produzidas no exterior

A Transnacionalidade Probatória consiste na transferência de provas entre Estados soberanos por meio de mecanismos jurídicos de direito internacional previamente convencionados que permitem conferir validade e eficácia em âmbito interno aos elementos probatórios produzidos no exterior, sendo imprescindível a

²³³ PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. - 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 122.

²³⁴ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. 8ª ed. Elaine Nassif. 1ª ed. Campinas/SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006. p. 37.

necessidade de observância das garantias processuais penais asseguradas pela normatividade dos Estados envolvidos na atividade probatória²³⁵.

Partindo deste conceito operacional, delimita-se como tema-problema da presente pesquisa uma análise acerca da necessidade de observância das regras de cadeia de custódia da prova penal previstas na legislação processual penal brasileira para que eventual prova produzida no exterior, por meio de cooperação jurídica internacional, possua validade internamente. Ou seja, seria condição de validade da prova produzida no exterior a observância das regras de cadeia de custódia asseguradas na legislação processual penal brasileira?

Conforme visto anteriormente neste capítulo, é possível identificar a presença de dois instrumentos normativos geralmente previstos nos acordos de cooperação internacional que buscam limitar a atividade probatória transnacional em matéria penal: i) a ordem pública, e; ii) princípio da especialidade.

Também se demonstrou que muito embora “ordem pública” seja um conceito jurídico indeterminado que não raras as vezes é equivocadamente utilizado para justificar a restrição de garantias fundamentais a partir de uma ideologia da defesa social²³⁶.

²³⁵ Trata-se de Conceito Operacional proposto a partir das lições extraídas de: BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**: eficácia da prova produzida no exterior. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito. Área de concentração: Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – São Paulo, 2009., e; MULLER, Ilana. **Cooperação jurídica internacional em matéria pena e seus reflexos no direito à prova no processo penal brasileiro**. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2013.

²³⁶ O que é muito bem desconstruído por JUAREZ CIRINO, quem dialoga com as lições de ALESSANDRO BARATTA, a partir da criminologia crítica: “Em linhas gerais, a *ideologia da defesa social* fundamenta as racionalizações dogmáticas do conceito de crime e da pena, hoje em evidente defasagem em face das ciências sociais sobre crime e desvio, como é o caso da sociologia do sistema penal. O projeto da Criminologia crítica é construir (i) uma teoria do crime/desvio fundada nos comportamentos socialmente negativos e (ii) uma teoria da criminalização fundada na estrutura socioeconômica capitalista. Em outras palavras: uma teoria materialista dialética do crime e da criminalização, desenvolvendo um ponto de vista de classe no sistema de justiça criminal – logo, em confronto com o discurso do crime como realidade ontológica pré-constituídas e com as definições do processo de criminalização do sistema penal. O fio condutor da pesquisa é um conceito de criminalidade correspondente à estrutura e instituições de formação socioeconômica capitalista, fundada na contradição capital/trabalho assalariado”. In SANTOS, Juarez Cirino. **Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 251; denota-se, apesar disso, que a ideologia da

No entanto, tendo em vista “a frequência com que esta é citada nos tratados internacionais e é invocada nos tribunais justifica uma consideração acerca de sua natureza e alcance”²³⁷. É possível dizer, aliás, que há mais menções à ordem pública do que aos direitos fundamentais nos tratados internacionais.

ILANA MULLER defende que o conceito de ordem pública “diz respeito à busca, em última análise, da paz social interna de uma sociedade. Por via de consequência, a ordem pública tem por lastro a obediência a princípios jurídicos insculpidos, em regra, nas constituições das nações”²³⁸.

BECHARA, de forma semelhante, assevera que a ordem pública “é definida como um conjunto de valoração de caráter político, social, econômico ou moral, próprias de uma comunidade determinada, que definem sua fisionomia em um dado momento histórico também determinado” ou “como conjunto de valores imperativos que se encontram permeados no ordenamento jurídico e que devem preponderar no exercício da jurisdição”²³⁹.

Neste sentido, MULLER defende que a ordem pública, por possuir correspondência com os valores de uma sociedade, deve aí ser compreendido a ordem jurídica interna – como elemento da paz social –, ou seja, defende-se que a ordem jurídica interna, sobretudo as garantias constitucionalmente asseguradas, encontram-se compreendidas dentro do conceito de “ordem pública”.

Defesa Social ainda influencia em muito, tanto o público em geral, quanto os agentes que atuam nas instituições jurídicas, clarificando uma cultura maniqueísta e afastada de qualquer participação na construção da realidade social, cultura que diuturnamente é levada em conta na fundamentação de manifestações ministeriais e nas decisões judiciais (Ver: CHAVES JUNIOR, Airto; OLDONI, Fabiano. **Para que(m) serve o Direito Penal?** Uma análise criminológica dos segmentos de Controle Social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 168).

²³⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo; SILVEIRA, Edson Damas da. **Prova penal:** Estado Democrático de Direito. Santa Catarina: Rei dos Livros e Empório do Direito, 2015. p. 59.

²³⁸ MULLER, Ilana. **Cooperação jurídica internacional em matéria pena e seus reflexos no direito à prova no processo penal brasileiro.** Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2013. p. 145.

²³⁹ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal:** eficácia da prova produzida no exterior. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2009. p. 120.

A ordem pública seria, deste modo, “o conjunto de princípios balizadores de uma sociedade em determinada época, os acordos de cooperação estão indissociavelmente relacionados à obediência da ordem pública interna”²⁴⁰.

No entanto, em sentido contrário, parte preponderante dos acordos internacionais de cooperação jurídica estabelecem a aplicação da legislação do Estado requerido como regra, entendimento este que é corroborado com a disposição do art. 13 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB)²⁴¹, mas encontra limites em seu art. 17 ao dispor que “as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a *soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes*”.

A disposição estabelecida no art. 13 da LINDB, replicada em acordos de cooperação jurídica, é paradoxal ao prever como regra a aplicação da legislação do Estado requerido no âmbito da cooperação internacional, uma vez que “direta ou indiretamente, expressa ou implicitamente, subverta um princípio de ordem pública”²⁴².

É claramente contraditório se determinar a aplicação, como regra, da legislação do Estado requerido e coaduná-la com a “ordem pública”, onde, como visto, está inserido a necessidade de observância da normatividade interna, caracterizadora dos valores daquela sociedade.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, firmou posição, por meio da Corte Especial, no sentido de que as “provas obtidas por meio de cooperação internacional em matéria penal devem ter como parâmetro de validade a lei do Estado no qual foram produzidas, conforme a previsão do art. 13 da LINDB”. Mas excepciona o referido entendimento ao estabelecer que a prova produzida no estrangeiro de

²⁴⁰ MULLER, Ilana. **Cooperação jurídica internacional em matéria pena e seus reflexos no direito à prova no processo penal brasileiro**. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2013. p. 147.

²⁴¹ Art. 13. A prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça.

²⁴² MULLER, Ilana. **Cooperação jurídica internacional em matéria pena e seus reflexos no direito à prova no processo penal brasileiro**. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2013. p. 147.

acordo com a legislação de referido país pode, contudo, “não ser admitida no processo em curso no território nacional se o meio de sua obtenção violar a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes brasileiros, em interpretação analógica da previsão do art. 17 da LINDB”²⁴³.

Embora o STJ não adote a legislação do Estado requerido como uma máxima absoluta ao impor limites, tal interpretação deve ser vista com bastante receio ao partir da premissa de que a regra deve ser justamente a adoção da legislação aplicável no Estado requerido e, excepcionalmente, desconsiderá-la. Mais do que isso, há sempre um espaço subjetivo muito grande de arbitramento das hipóteses em que se considera “violação da ordem pública, da soberania nacional e dos bons costumes brasileiros”, permitindo decisões arbitrárias.

Outro aspecto a ser levado em consideração trata-se do “princípio da melhor tutela”, o qual, para CANOTILHO, analisando-o a partir da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, preceitua que “nenhuma disposição da carta deve ser interpretada no sentido de reduzir o nível de protecção mais extensa ou mais ampla (ou seja, melhor tutela) ela terá de aplicação relativamente às normas correspondentes da Convenção Europeia e das Constituições dos Estados-Membros”²⁴⁴.

Não é possível conceber, portanto, qualquer meio de prova ou meio de obtenção de prova que configure uma redução de garantias processuais penais em comparação com os direitos fundamentais internamente assegurados pela Constituição.

Importante se ter em mente, conforme alerta MULLER, que o respeito e observância do princípio da melhor tutela não deve ser interpretado como uma “apologia a não cooperação”, mas, sim, um “desejo de uma cooperação internacional em matéria penal que, ao mesmo tempo em que respeite o ordenamento jurídico do país requerido, salvguarde o ordenamento jurídico nacional, de forma a não

²⁴³ STJ, APn: 856 DF 2010/0184720-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 18/10/2017, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 06/02/2018.

²⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 526.

desestabilizar a própria administração da justiça por meio de decisões antagônicas”²⁴⁵.

É possível concluir que a atividade probatória no âmbito da cooperação internacional em matéria penal não pode violar direitos e garantias fundamentais asseguradas pelo sistema internacional de direitos humanos; com posituação interna, na própria Constituição, ou; previstas em tratados internacionais, sob pena de declaração da ilicitude da prova e os demais elementos probatórios que dela derivem. Busca-se, deste modo, defender a higidez das garantias processuais do concernido e a tipicidade processual penal²⁴⁶.

BECHARA²⁴⁷ inclusive propõe a existência de um padrão normativo universal de respeito aos direitos humanos que é capaz de estabelecer um lugar comum na assistência mútua entre Estados soberanos com o intuito de “assegurar a maior eficácia da prova [transnacional]”:

o maior dinamismo no processamento da cooperação jurídica internacional em matéria penal e a melhora da eficácia da prova têm por base o respeito aos direitos humanos, a partir da perspectiva de que o ideal universalista dos direitos humanos conduz à existência de um padrão ético normativo, inclusive, em relação às garantias processuais. O padrão normativo universal é o ponto de intersecção entre os sistemas jurídicos nacionais, e, portanto, o lugar comum no qual a assistência mútua deve se desenvolver de modo a assegurar a maior eficácia na prova.

Oportuno enfatizar que a discussão ora estabelecida não diz respeito acerca da (i)licitude no momento da produção probatória realizada no exterior, dado que partimos do pressuposto de que estaria sendo observada a legislação do Estado requerido, mas, sim, a ilicitude/inadmissibilidade internamente, ao integrar o elemento probatório produzido no exterior em eventual processo judicial no Brasil²⁴⁸.

Analisa-se, neste momento, se a inobservância das regras de cadeia de custódia da prova penal asseguradas pelo Código de Processo Penal deve ou não

²⁴⁵ MULLER, Ilana. **Cooperação jurídica internacional em matéria pena e seus reflexos no direito à prova no processo penal brasileiro**. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2013. p. 150.

²⁴⁶ Idem, p. 151.

²⁴⁷ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior**. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2009. p. 47.

²⁴⁸ Idem.

serem cumpridas pelos Estados requeridos em cooperação internacional em matéria penal, ou, mais especificamente, se a inobservância das regras de cadeia de custódia viola a ordem pública.

Pois bem. Nos tópicos antecedentes demonstrou-se que o instituto da cadeia de custódia da prova penal, enquanto mecanismo de controle epistêmico, embora tenha sido positivado na legislação processual brasileira há pouco tempo, com a entrada em vigor da Lei 13.964/2019, tem-se que se trata de decorrência lógica de outras garantias processuais penais já amplamente previstas. No plano interno – Constituição Federal e legislação infraconstitucional –, como no plano externo – em diversos tratados internacionais, sobretudo de direito humanos –, tal como o direito à prova, ao contraditório e ampla defesa.

A cadeia de custódia da prova penal decorre, ainda, de normas asseguradas pelo sistema internacional de proteção aos direitos humanos e garantias fundamentais, de modo “que uma concepção robusta do direito à prova não se pode conformar com qualquer forma de produção de prova no processo”, deve-se, portanto, “maximizar a participação das partes, mediante o princípio do contraditório, dando em todos os momentos a cada uma das partes a oportunidade de contraprovar o alegado pela parte contrária”²⁴⁹.

Os métodos ocultos de investigação que, como visto, cada vez mais tem se tornado regra no contexto de investigações transnacionais é um exemplo claro da importância do estabelecimento de balizas legais de controle epistêmico – como a cadeia de custódia – de modo a viabilizar minimamente o exercício do contraditório. Pois, como visto, tais técnicas têm tornado o contraditório no âmbito da atividade probatória um direito que só pode ser exercido de modo diferido e, não raro, sem possuir mecanismo que permitam realizar uma rastreabilidade completa para se atestar a fiabilidade probatória.

²⁴⁹ FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração Racional da prova** (tradução de Vitor de Paula Ramos a partir da edição original em espanhol: *La Valoración Racional de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007). Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 84.

Nesse sentido, RUI CUNHA MARTINS sustenta que “cada um à sua maneira, a prova, a convicção, ou o próprio processo destinam-se a assegurar o estabelecimento de limites frente à pulsão devoradora de evidência”²⁵⁰.

E como “em matéria penal não é possível presumir a legitimidade dos atos de investigação para demonstrar a seriedade da prova”²⁵¹, a partir do que se denominou de princípio da desconfiança, motivo pelo qual o exercício do poder sempre ser legitimado²⁵², a doção de mecanismo de controle epistêmico da prova penal são, a bem da verdade, instrumentos que buscam legitimar a atividade probatória diante da adoção de técnicas especiais de investigação e do novo paradigma tecnológico.

Ou seja, a normatização da cadeia de custódia da prova no processo penal é a concretização do princípio da legalidade, “dando à produção probatória balizas legais objetivas, relacionadas não apenas aos pressupostos de admissibilidade e seus requisitos, mas à sua consecução, desde a origem, viabilizando, por conseguinte, o terceiro princípio (controle)”²⁵³.

Revela-se extremamente necessário que o Estado requerido observe as regras de cadeia de custódia da prova penal estabelecidas pela legislação processual penal brasileira, mais especificamente o disposto nos arts. 158-A a 158-F do CPP.

A observância das regras processuais penais brasileiras deverá ocorrer tanto na hipótese em que o Estado requerido não possua previsão semelhante, ou, ainda, muito embora preveja o instituto, não estabeleça o mesmo rigor de controle epistêmico e rastreabilidade da prova penal.

A conclusão alcançada encontra amparo no fato de que a inobservância das regras de controle epistêmico da atividade probatória denota redução de garantias

²⁵⁰ CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the Brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 4.

²⁵¹ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 82.

²⁵² LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>>. Acessado em 01 de jul. de 2022.

²⁵³ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Comentários ao pacote anticrime**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 253.

fundamentais, o que não é admitido, motivo pelo qual a prova deverá ter sua ilicitude declarada, assim como dos demais elementos probatórios que dela derivem, em razão da quebra de cadeia de custódia. Além do mais, “havendo antinomia na interpretação de dois ordenamentos jurídicos, prevaleceria a regra prevista no ordenamento interno”²⁵⁴.

JANAINA MATIDA assinala que “é preciso maximizar a eficiência epistêmica do processo e isso só pode ser feito com a genuína implementação da cadeia de custódia”²⁵⁵, o que, por óbvio, contempla a atividade probatória transnacional. A autora vai além para dizer que “a refundação de um processo acusatório, que preza a equidistância entre as partes e o Estado, só pode ser alcançada a partir do respeito à cadeia de custódia da prova penal”²⁵⁶.

Alcançada está conclusão, propõe-se que cumpre ao Estado brasileiro – enquanto Estado requerente – ao solicitar a produção de prova penal no Exterior, realize a indicação específica e pormenorizada das etapas procedimentais de cadeia de custódia da prova penal que deverão ser observadas pelo Estado requerido. O que geralmente é operacionalizado pelo DRCI, salvo se não houver prévia celebração de acordo de cooperação jurídica, o que deverá ser feito pela via diplomática, por intermédio do Ministério das Relações Exteriores

A título exemplificativo, o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais do Mercosul, acordo multilateral internalizado no Brasil por meio do Decreto nº 3.468, de 17 de maio de 2000, já prevê em seu art. 7.2. que “a pedido do Estado requerente, o Estado requerido cumprirá a assistência de acordo com as formas ou procedimentos especiais indicados na solicitação, a menos que esses sejam incompatíveis com sua lei interna”.

²⁵⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo; SILVEIRA, Edson Damas da. **Prova penal: Estado Democrático de Direito**. Santa Catarina: Rei dos Livros e Empório do Direito, 2015. p. 59.

²⁵⁵ MATIDA, Janaina. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução do risco de condenações de inocentes. In **Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**. Ano 11, n. 29. Jul-Dez 2020, p. 25. Disponível em: <<https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/269/248>>. Acesso em 24 de jul. de 2022.

²⁵⁶ Idem.

Deste modo, verifica-se que a norma já autoriza que o Estado requerente especifique ao Estado requerido a forma com que a prova deverá ser produzida, de modo a permitir a máxima eficácia da atividade probatória transnacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa determinou o objetivo geral de estabelecer uma análise jurídica acerca da (des)necessidade de que o Estado requerido, no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria penal, observe as regras de cadeia de custódia asseguradas pela legislação processual penal brasileira para que a prova produzida no exterior possua validade ao ser admitida no sistema legal interno.

Tendo sido estipulado os seguintes objetivos específicos: (i) contextualizar o fenômeno da criminalidade transnacional e analisar o instituto da cooperação jurídica internacional como mecanismo hábil ao seu processamento; (ii) analisar o direito à prova no processo penal e o novel instituto da cadeia de custódia acrescido à legislação processual penal brasileira, e; (iii) verificar se a inobservância das regras de cadeia de custódia da prova penal pelo Estado requerido no âmbito da cooperação jurídica internacional invalida as provas produzidas no exterior quando o Brasil figurar como Estado requerente.

Buscando alcançar os objetivos – geral e específicos – estabelecidos, alcançou-se os seguintes resultados:

A pesquisa foi contextualizada, no Capítulo 1, desde uma análise acerca da globalização e seus efeitos reflexivos, dentre os quais se insere a criminalidade transnacional – assim como a própria transnacionalidade –, que, como visto, colocou a soberania nacional dos Estados em cheque. A delinquência transnacional acompanhou a fluidez do capital no mundo globalizado, o que permitiu se aproveitar das fronteiras cada vez mais transpassáveis.

Outro fator que representa muito bem este processo de diminuição do espaço-tempo e o avanço da criminalidade transnacional é a internet, a qual permite que pessoas de qualquer local do mundo cometa crimes em locais ainda mais remotos, sendo necessário apenas que ambos [autor e vítima] estejam conectados.

O novo paradigma desta criminalidade que acompanhou o processo de globalização exige novas formas de (re)pensar o seu enfrentamento. Parafraseando JAPIASSÚ: “a internacionalização do crime levou à internacionalização da sua

prevenção e repressão”²⁵⁷. Neste contexto exsurge a cooperação jurídica internacional em matéria penal como mecanismo transfronteiriço de persecução penal hábil ao enfrentamento desta nova realidade, conforme estabelecido na presente pesquisa.

E muito embora a cooperação jurídica internacional não seja nem de longe um novo mecanismo jurídico internacional, fato é que o instituto tem sido repensado ao longo dos anos. As perspectivas clássicas do princípio da territorialidade – idealizado dentro das fronteiras dos Estados –, o valor atribuído à soberania, todos estes elementos têm entrado em declínio diante de uma nova exigência internacional de reciprocidade entre os Estados em busca de uma paz universal e respeito aos direitos humanos. A atual tendência é, portanto, de que os Estados busquem cada vez mais estabelecer acordos bilaterais e multilaterais de cooperação internacional.

O aumento da cooperação jurídica internacional, no entanto, encontra algumas barreiras de processamento, *v.g.*: a diferença entre legislações e o grau de proteção conferido a determinadas garantias fundamentais. Deste modo, a presente pesquisa apontou que não se poder perder de vista as garantias processuais penais do concernido no âmbito da cooperação, o qual deve ser visto como sujeito de direitos e não um objeto da atividade jurisdicional.

A conclusão parcial alcançada neste aspecto é de que no âmbito da cooperação jurídica internacional e persecução penal transnacional deve-se pensar em uma gama ainda maior de implementação e efetivação de direitos e garantias processuais penais.

Isto porque a persecução penal que ocorre em mais de um único Estado faz com que o investigado ou réu seja ainda mais onerado, o que inviabiliza o acesso à justiça, dado que haverá maior dificuldade no exercício da ampla defesa e contraditório; deverá comparecer em mais de um Estado; terá aumento de despesas;

²⁵⁷ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 16 - 17.

deverá enfrentar a complexidade e gama de legislações aplicáveis ao caso concreto, ou dificuldades quanto aos diferentes idiomas.

No Capítulo 2, buscou-se delimitar a pesquisa e alcançar o segundo objetivo específico que fora estabelecido, analisou-se o direito à prova no processo penal e suas limitações, bem como enfrentou-se temas afetos à epistemologia jurídica, isto é, verificou-se o papel atribuído à verdade no processo, inclusive (re)discutindo o local que lhe é processualmente conferido, com o intuito de descortinar o mito da busca pela verdade real e demonstrar como tal conceito flerta com o inquisitorialismo.

A referida análise foi metodologicamente realizada a partir de revisão bibliográfica com aporte nos autores LUIGI FERRAJOLI, AURY LOPES JUNIOR, GUSTAVO BADARÓ, GERALDO PRADO e SALAH KHALED JR.

Também se concluiu pela importância extrema da adoção de mecanismos de controle epistêmico da atividade probatória para o exercício de garantias como direito à prova, contraditório e ampla defesa, tal qual o instituto da cadeia de custódia da prova penal. O marco teórico adotado se deu com as produções acadêmicas de GERALDO PRADO.

E, por fim, realizou-se uma análise acerca do procedimento estabelecido na legislação processual penal brasileira nos noveis arts. 158-A a 158-F do Código de Processo Penal e concluiu-se que a consequência jurídica da quebra da cadeia de custódia da prova penal é a declaração de sua nulidade, assim como dos elementos probatórios que dela decorra.

No Capítulo 3, analisou-se o instituto da cadeia de custódia no âmbito da atividade probatória transnacional e concluiu-se que a cadeia de custódia da prova penal se trata de decorrência lógica de outras garantias processuais penais já amplamente previstas tanto no plano interno – Constituição Federal e legislação infraconstitucional –, como no plano externo – em diversos tratados internacionais, sobretudo de direito humanos –, tal como o direito à prova, ao contraditório e ampla defesa.

O problema de pesquisa inicialmente apresentado consistiu na indagação: há necessidade de que o Estado requerido, no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria penal, observe as regras de cadeia de custódia do processo penal brasileiro para que a prova possua validade internamente quando o Brasil figurar como Estado requerente?

Bem como fora estabelecida a seguinte hipótese: a cooperação jurídica internacional não pode constituir redução de garantias fundamentais, e, portanto, a produção probatória no estrangeiro deve, necessariamente, observar as garantias fundamentais asseguradas pelo ordenamento jurídico interno.

Deste modo, ao enfrentar os objetivos inicialmente propostos e responder a indagação delimitada no problema de pesquisa, pode-se concluir a hipótese de pesquisa inicialmente proposta foi integralmente confirmada pelas razões ora expostas:

Embora a hipótese de que o Estado requerido deva observar as garantias processuais penais asseguradas pelo Estado brasileiro no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria penal tenha sido integralmente confirmada, é possível dizer que [a hipótese de pesquisa] fora proposta de forma embrionária que somente alcançou maior nível de maturidade com o relatório de pesquisa.

O primeiro aspecto a ser levado em consideração é que o instituto da cadeia de custódia da prova penal deve ser interpretado como uma consequência lógica de outras garantias processuais asseguradas no plano interno e externo, tais como direito à prova, contraditório e ampla defesa. Verificou-se, inclusive, que a cadeia de custódia da prova penal, enquanto decorrência lógica de tais garantias, deve ser assegurado pelo sistema internacional de direitos humanos, pois constituem garantias asseguradas nos diplomas internacionais de direitos humanos.

Um segundo aspecto identificado é que a cláusula de “ordem pública” é instrumento normativo, positivado nos tratados e acordos internacionais, que visa limitar a atividade probatória. Verificou-se que enquanto ordem pública deve ser

compreendido os valores de uma determinada sociedade, inclusive suas normas jurídicas.

Partindo destas premissas, conclui-se que a cadeia de custódia da prova penal enquanto mecanismo de controle epistêmico da atividade probatória – assegurado de forma direta ou indireta na legislação, em plano interno ou externo – deve ser observado no âmbito da cooperação jurídica internacional sob pena de violação da ordem pública.

Deste modo, há necessidade observância pelo Estado requerido das regras de cadeia de custódia da prova penal estabelecidas pela legislação processual penal brasileira, mais especificamente o disposto nos arts. 158-A a 158-F do CPP. Seja nas hipóteses em que o Estado requerido não possua previsão semelhante, ou, ainda, muito embora preveja o instituto, não estabeleça o mesmo rigor de controle epistêmico e rastreabilidade da prova penal. Sob pena da prova não ser admitida internamente e ter sua ilicitude declarada, assim como dos demais elementos probatórios que dela derivem, em razão da quebra de cadeia de custódia.

Por fim, propõe-se que cumpre ao Estado brasileiro – enquanto Estado requerente – ao solicitar a produção de prova penal no Exterior, o que via de regra é operacionalizado pelo DRCI, salvo se não houver prévia celebração de acordo de cooperação jurídica, o que deverá ser feito pela via diplomática, por intermédio do Ministério das Relações Exteriores, realizar a indicação específica e pormenorizada das etapas procedimentais de cadeia de custódia da prova penal que deverão ser observadas pelo Estado requerido.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALONSO, Esteban Pérez; GARCÍA, Estanislao Arana; PACHECO, Pedro Marcado; MORENO, José Luis Serrano (coords.). ***Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente***. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

ALVES, Flaviano de Souza. A criminalidade na *Deep Web*. In ***Revista da Escola Superior de Guerra***, v. 33, n. 67, p. 123-141, jan./abr. 2018.

AMBOS, Kai. **Direito Penal Internacional Econômico**: fundamentos da responsabilidade penal das empresas. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 8. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BAUTISTA, Juan Carlos Urazán. ***La cadena de custodia en el Nuevo Código de Procedimiento Penal***. Disponível em: <<http://fundacionluxmundi.com/custodia.php>>. Acessado em 10 de ago. de 2021.

BECK, Ulrich. ***La sociedad del riesgo***: hacia una nueva modernidad. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1998.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**: eficácia da prova produzida no exterior. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2009.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Cooperação jurídica internacional e o processo penal brasileiro: um diálogo entre o passado, o presente e o futuro. In CRUZ, Rogerio Schietti; BADARÓ, Gustavo; MADEIRA, Guilherme (Org.). **Código de processo penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. Volume 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BETTIOL, Giuseppe. ***Instituciones de derecho penal y procesal***. Barcelona: Bosch, 1973.

BOISTER, Neil. ***Na introduction to Transnational Criminal Law***. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BOSSARD, André. ***Transnational crime and criminal law***. Chicago: University of Illinois at Chicago, 1990.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Ficha de tramitação do Projeto de Lei n. 8.045/2010.** Disponível

em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acessado em 18 de jun. de 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretária Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal.** s/p. Disponível em: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal>>. Acessado em 17 jun. de 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretária Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. **Indicadores DRCI/SNJ/MJSP – 2019.** p. 11. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/estatisticas/arquivos/IndicadoresDRCI2019MaroCooperaoJuridicaInternacional.pdf>>. Acessado em 30 ago. de 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. **Manual de Cooperação Jurídica Internacional: matéria penal e recuperação de ativos.** 4. ed. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 96.905/RJ, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, HC 160.662/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 18/02/2014, DJe 17/03/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC n. 653.515/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/11/2021, DJe de 1/2/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, APn: 856 DF 2010/0184720-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 18/10/2017, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 06/02/2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CERVANTES, Esteban Agustín. **La cadena de custodia en el procedimiento penal mexicano.** Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2016.

CHAVES JUNIOR, Aírto. **A construção de Sentidos em torno das Violências nas Prisões:** a Violência Sistêmica do Universo Intramuros e o seu (violento) reflexo no mundo externo. 2017. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciências Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, 2017.

CHAVES JUNIOR, Airto. **Além das Grades: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

CHAVES JUNIOR, Airto; SILVA, Luciana Bittencourt Gomes. Garantia da ordem pública como critério de encarceramento cautelar nas câmaras criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina: uma análise teórico-empírica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n. 3, 3º quadrimestre de 2020.

CHAVES JUNIOR, Airto; OLDONI, Fabiano. **Para que(m) serve o Direito Penal?** Uma análise criminológica dos segmentos de Controle Social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CHARON, Joel. **Sociologia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo, 1999.

CORDERO, Franco. **Procedimiento penal: Tomo II**. Trad. del italiano por Jorge Guerrero. Bogotá: Editorial Temis, 2000.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 164. [e-book]

CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the Brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DONDÉ MATUTE, F. Javier. **Derecho penal internacional**. México: Oxford University Press, 2008.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. 8ª ed. Elaine Nassif. 1ª ed. Campinas/SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006.

FELDENS, Luciano. **O direito de defesa: a tutela jurídica da liberdade na perspectiva da defesa penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

FERNANDES, Antonio Scarance. O direito processual penal internacional. In ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; VILARES, Fernanda Regina (Org.). **Direito processual penal internacional**. São Paulo: Atlas, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías: la Ley del más Débil**. Madrid: Ed. Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Entrevista de Luigi Ferrajoli à revista eletrônica Conjur**, em 24/04/2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-24/entrevista-luigi-ferrajoli-professor-teorico-garantismo-penal>>. Acessado em 20 de jun. de 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração Racional da prova** (tradução de Vitor de Paula Ramos a partir da edição original em espanhol: *La Valoración Racional de la Prueba* – Madrid: Marcial Pons, 2007) – Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

FISCHER, Douglas. CALABRICH, Bruno. PELELLA, Eduardo (Org). **Garantismo Penal integral**: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. 2. Ed. – Salvador: Juspodivm, 2013.

GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. *In* CRUZ, Paulo Márcio (Org). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo legal**: abordagem conforme a Constituição Federal e a Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. Valoração da Prova no Âmbito da Cooperação Jurídica Internacional. *In* VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu; SILVEIRA, Edson Damas da (Org.). **Prova penal**: Estado Democrático de Direito. Santa Catarina: Rei dos Livros e Empório do Direito, 2015.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Lineamentos gerais do novo processo penal na América Latina: Argentina, Brasil e Código modelo para Ibero-América. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Forense, 1998. p. 206 - 207.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 1982.

HOBBSBAWM, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal Internacional**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional**: a internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

JESUS, Damásio de E. Criminalidade Organizada: tendências e perspectivas modernas em relação ao direito penal transnacional. *In* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 31/2000. p. 137 – 143. Jul - Set.

KHALED JUNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Letramento: Casas do Direito, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime**: Comentários à Lei nº 13.964/19. 2 ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. (e-book)

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (e-book)

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>>. Acessado em 01 de jul. de 2022.

MATIDA, Janaina. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução do risco de condenações de inocentes. *In Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul*. Ano 11, n. 29. Jul-Dez 2020, p. 25. Disponível em: <<https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/269/248>>. Acesso em 24 de jul. de 2022.

MELLO, Celso Renato D. de Albuquerque. **Direito Penal e Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Cooperação internacional no processo penal: a transferência de processos** – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MIALLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 3. Ed. Tradução Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; ROSSI, Maria Paula Cassone. Desafios da cooperação jurídica internacional no processo penal. *In CRUZ, Rogerio Schietti; BADARÓ, Gustavo; MADEIRA, Guilherme (Org.). Código de processo penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. Volume 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A ilicitude na Obtenção de Prova e sua Aferição, 2015. Disponível em: <<https://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/5194253>>. Acesso em: 30 Jun. 2022.

Movimentação de contêineres no Brasil deve crescer 6,5% ao ano. **Agência CNT – transporte atual**, Brasília/DF, 21 de março de 2019. Disponível em: <<https://cnt.org.br/agencia-cnt/movimentacao-conteineres-brasil-crescer>>. Acessado em 29 de maio de 2022.

MULLER, Ilana. **Cooperação jurídica internacional em matéria pena e seus reflexos no direito à prova no processo penal brasileiro**. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2013.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PIFFERI, Michele; NEGRI, Daniele (Org.) ***Diritti Individuali e Processo Penale nell'Italia Repubblicana***. Milano: Giuffrè, 2011.

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

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.

PRADO, Geraldo. A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu; SILVEIRA, Edson Damas da (Org.). **Prova penal**: Estado Democrático de Direito. Santa Catarina: Rei dos Livros e Empório do Direito, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. Obtenção de provas no exterior: para além da *Lex fori* e *lex diligentiae*. In **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 12, n. 2, 2015.

REBOUÇAS, Sergio. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

REYES, Pedro Bobadilla. **Manual de Investigación criminal: una perspectiva de la evidencia**. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2016.

RODRIGUES, Benjamim Silva. **Da prova penal: Tomo II – Bruscamente ... A(s) Face(s) Oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal**. Lisboa: Rei dos Livros, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal estratégico**: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A. Florianópolis: Emais, 2021.

SANTOS, Juarez Cirino. **Criminologia**: contribuição para crítica da economia da punição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Comentários ao pacote anticrime**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

SCHUNEMANN, Bernd. As bases do processo penal transnacional. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 90/2011, p. 189 - 208. Maio - Jun.

SOUZA, Lia Andrade de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. A cadeia de custódia da prova obtida por meio de interceptações telefônicas e telemáticas: meios de proteção e consequências da violação. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 65, n. 2, p. 35, maio/ago. 2020. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/68577>. Acesso em: 31 ago. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v65i2.68577>.

SOUZA, Isac Barcelos Pereira de. **Equipes conjuntas de investigação na cooperação jurídica internacional em matéria penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

SMALL, Kevonne; TAYLOR, Bruce. State and local law enforcement response to transnational crime. ***Trends in Organized Crime***, v. 10, n. 2, p. 5 – 17, 2006.

STAFFEN, Marcio Ricardo. Hegemonia e o direito transnacional? *In* **Revista Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica, Vol. 20, n. 3., Set-Dez 2015. p. 1.170. Disponível em: <<https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/8394>>. Acessado em 24 de jul. de 2022.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. *In*. CRUZ, Paulo Márcio (Org). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARUFFO, Michele. **La prueba**. (Traducción de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán) Madrid: Marcial Pons, 2008.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 4. Ed. (Traducción de Jordi Ferrer Beltrán) Madrid:Editorial Trotta, 2011.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TRIUNFANTE, Luís de Lemos. **Manual de cooperação jurídica internacional em matéria penal**. Coimbra: Editora Almedina, 2018.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Cadeia de custódia da prova penal**. 2. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2020.

VIEIRA, Marcelo Vinicius. Admissão probatória no processo penal: o direito à prova das partes e o juízo de admissibilidade. *In* QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **Altos Estudos sobre a Prova no Processo Penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General**. 2. ed., Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.