Diogo Erthal Alves da Costa

MEIOS ATÍPICOS DE OBTENÇÃO DE PROVA

A invasão de sistemas informáticos na investigação da criminalidade organizada

Prefácio
Alexander Araujo de Souza

3ª edição
Revista e atualizada

2026

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo 5

A INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO NA INVESTIGAÇÃO DO CRIME ORGANIZADO

5.1 BENS ATINGIDOS PELA EXISTÊNCIA DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

O cidadão tem direito à tutela efetiva dos bens penalmente protegidos. Ao contrário do alegado por alguns, de que os crimes de natureza transindividuais seriam crimes sem vítimas, eles na verdade acarretam uma vitimização em massa[1]. Nesse sentido, basta a formação de grupo estável destinado à prática de delitos para que a **ordem pública**[2] seja agredida.

Evidente, dessa forma, que mesmo antes da prática efetiva dos delitos a que se destina, a reunião em organização criminosa já fere bem jurídico relevante cuja tutela penal se impõe.

Quanto maior a organização, maior a capacidade de delinquir, aumentando o perigo abstrato, a ameaça à ordem pública, legitimando a sanção mais severa. Mesmo raciocínio se aplica à

1. Feldens, 2005: 56.
2. Não obstante o Código Penal se referir a paz pública como sendo o bem atingido pela prática do delito de associação, entendemos, conforme exposto no estudo, que paz pública e ordem pública podem ser compreendidas como sinônimos. Outrossim, entendemos que a expressão ordem pública é preferível, por ser a utilizada no texto constitucional (p. ex., no art. 144).

corriqueira utilização de armas de fogo. Acertada, portanto, a opção legislativa de tipificar a participação em organização criminosa, reconhecendo sua maior danosidade, em comparação à mera associação criminosa. Assim como o estabelecimento de majorante para a ocorrência de organização criminosa armada.

Além da ordem pública, o efetivo funcionamento da organização criminosa vai levar à ofensa de miríade de bens penalmente tutelados, sempre a depender dos delitos praticados no caso concreto. Sendo delito permanente, sua execução e as lesões daí advindas se prolongam no tempo, normalmente tendo fim apenas com a firme e proporcional resposta estatal. A potencialização da investigação, nesse cenário, não vai servir apenas para elucidação de fatos pretéritos, cujo dano já foi produzido e normalmente é irreparável. Será primordial, também, para estancar a atuação da organização e, dessa forma, evitar danos futuros. Não se trata de confundir atividade repressiva com preventiva. Ainda estamos no contexto daquela, norteado por suas finalidades e regido pelo seu marco legal, mas as características desse tipo de delinquência, em que a organização criminosa busca sua perpetuação e sobrevive aos seus membros, dão ensejo a esse reflexo preventivo da atividade de persecução.

A variabilidade do fenômeno impede a identificação *a priori* dos demais bens ofendidos, já que, em tese, qualquer crime pode ser inserido no campo de atuação da organização criminosa. No entanto, a título ilustrativo, para reforçar a gravidade do tema, é possível apontar alguns que usualmente são mais afetados de acordo com as características ordinárias do fenômeno no Brasil.

Destaque-se o já narrado corriqueiro uso de violência, configurador, conforme a hipótese, de **dano à vida, incolumidade física e/ou patrimônio**. O castigo é utilizado como exemplo, para impor o terror, desestimulando a prática de qualquer conduta contra os interesses da organização. A força da intimidação gerada é tamanha que a mera capacidade de exercício da violência é suficiente para lesar a **liberdade individual** da população do território.

O potencial uso da violência legitimou, por exemplo, a alteração do Código Penal italiano para a inclusão do art. 416-bis, incriminando a associação do tipo mafioso, caracterizada pela utilização da "força de intimidação do vínculo associativo e condição de subjugação e *omertà*" para a prática de outros crimes. Note-se que o amedrontamento é tamanho que, por exemplo, afasta a atuação de concorrentes aos negócios explorados pelo grupo organizado, seja no mercado composto pelos moradores da localidade dominada, seja até mesmo em certames públicos. Essa situação viabiliza também o recebimento de valores a título de custeio pelos "serviços de segurança", característico das milícias, em evidente configuração de extorsão.

A imposição da lei do silêncio também configura flagrante ofensa à **administração da justiça**, pois inviabiliza a oitiva de vítimas e testemunhas para elucidação dos ilícitos.

É comum que a organização criminosa busque a obtenção de vantagens econômicas ilícitas, o que acaba por lesionar o **patrimônio** de terceiros. Outra ferramenta habitual das organizações criminosas, a corrupção viola a **probidade administrativa**, podendo causar sérios danos ao **erário e ao sistema democrático.**

Conforme já exposto, em regra, o funcionamento da organização criminosa não dispensa a prática de lavagem de dinheiro, o que por si só configura agressão à **administração da justiça**, podendo gerar, ainda, riscos à **integridade e reputação do sistema financeiro**[3]**.**

Os monopólios estabelecidos à força ferem a **livre iniciativa econômica**, sendo certo que a Constituição estatui que a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, §4º).

3. De Carli, 2012: 106-111.

Ressalte-se que estudos sobre a etiologia dos fenômenos criminais identificaram que a "socialização maléfica" promovida, em especial, por traficantes de drogas em relação aos jovens da comunidade dominada, constitui a principal causa da violência extrema no Brasil[4]. Evidente, portanto, que os sérios danos advindos da violência são, ainda, em grande parte dos casos, reflexos de anterior ofensa à garantia constitucional de **proteção integral à criança e ao adolescente** (art. 227, CF).

Há que se mencionar, ainda, no que se refere ao tráfico ilícito de drogas, a ofensa à **saúde pública.**

A **dignidade sexual**, de crianças e adultos, também é usualmente lesada quando as organizações criminosas atuam no campo da pornografia infantil e do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.

5.2 DIREITOS E GARANTIAS DOS INVESTIGADOS USUALMENTE SUJEITOS À RESTRIÇÃO NA UTILIZAÇÃO DA INVASÃO DE SISTEMA INFORMÁTICO COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

Os métodos ocultos de obtenção de prova sempre tocam em alguma medida a esfera de direitos e garantias dos investigados e, por vezes, de terceiros[5]. Como visto, até mesmo as diligências mais corriqueiras como a *campana* configuram constrição do direito à privacidade.

Prosseguindo, então, na identificação dos fatores a serem considerados na ponderação, segue análise dos direitos fundamentais e garantias do investigado que são afetados pela utilização da invasão de sistema de informática em busca do devido acertamento dos fatos.

4. Rolim, 2016: 263-264.
5. Nunes, 2015: 117-167.

5.2.1 Direito à privacidade

O art. 5º, inciso X, da CF dita que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Muitos autores não fazem distinção entre privacidade e intimidade, mas há quem entenda que esta está inserida naquela[6]. A privacidade se refere aos comportamentos e relações pessoais, sendo que a intimidade abarcaria apenas as relações e episódios mais íntimos. Diante dessa relação, no presente estudo optamos por se referir sempre ao termo mais amplo, à privacidade.

O direito à privacidade seria, então, o de "manter-se a pessoa, querendo, isolada, subtraída ao alarde e à publicidade, fechada na sua intimidade, resguardada da curiosidade dos olhares e ouvidos ávidos"[7]. Se traduz como limite à atuação do Estado, liberdade fundamental limitadora da ingerência estatal, ordinariamente se chocando com os interesses sociais tutelados no processo penal[8]. Sem prejuízo, tem dimensão voltada à proteção da esfera de intimidade também contra as investidas de particulares, o que se relaciona com o reverso da moeda, o dever estatal de proteção contra tais ataques indevidos.

Além desse viés individual, possui outro, coletivo ou social, relacionado ao sigilo profissional e de ofícios religiosos[9]. Nessa toada, o direito fundamental vai tutelar, também, a confiança da sociedade no regular exercício das profissões que dependem do segredo, como o jornalismo, a advocacia, a medicina, assim como proteger as práticas religiosas de confissão.

Importante ressaltar, ainda, que a jurisprudência brasileira entende que o sigilo bancário tem esteio no direito à privacidade,

6. Mendes *et al*., 2008, p. 377.
7. Costa Júnior, 2004: 13.
8. Grinover, 2013: 103-108.
9. Cesca e Orzari, 2017.

conforme assentado pelo STF, por exemplo, no MS 23.669-DF[10]. Segundo a compreensão da referida Corte, a quebra do sigilo bancário não está dentre as matérias sob reserva de jurisdição[11]. Em julgado recente, o plenário decidiu que é lícito o compartilhamento com o Ministério Público e as autoridades policiais, para fins de investigação criminal, da integralidade dos dados bancários e fiscais do contribuinte obtidos pela Receita Federal e pela Unidade de Inteligência Financeira (UIF), sem a necessidade de autorização prévia do Poder Judiciário[12].

5.2.2 Direito à palavra falada

A Constituição Portuguesa (art. 26, nº 1) previu expressamente o direito à palavra falada, que consistiria no direito a "decidir livremente se e quem pode gravar a sua palavra e, depois de gravada, se e quem pode ouvir a gravação"[13]. Seria, para parcela da doutrina, direito à transitoriedade da palavra falada, "confiança na volatilidade da palavra", proteção das palavras em si, qualquer que seja o conteúdo, assim como delas com o contexto em que surgiram (lugar, tempo e demais circunstâncias da expressão)[14].

A Constituição brasileira não conferiu autonomia a tal direito, que pode ser compreendido como uma das facetas do direito à privacidade acima mencionado.

---

10. STF, Rel. Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, julgado em 08/02/2001, publicado em DJ 14/02/2001. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1816436>. Acesso em 17/07/2025.
11. Mendes *et al*., 2008: 385.
12. Tema 990. Disponível em https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5213056&numeroProcesso=1055941&classeProcesso=RE&numeroTema=990. Acesso em 17/07/2025.
13. Nunes, 2015: 124-125.
14. Andrade, 2006: 245-254.

5.2.3 Direito à imagem

O direito à imagem teve autonomia expressamente reconhecida na Constituição (art. 5º, inciso X). Pode ser compreendido como a faculdade do indivíduo poder controlar a captação e utilização de sua imagem[15]. Note-se que, para além dos tradicionais métodos de fotografia e vídeo, a captação de dados biométricos, ou seja, caracteres individuais do corpo humano utilizados para identificação[16], também deve ser incluída no objeto tutelado.

5.2.4 Direito à inviolabilidade do domicílio

A Constituição Federal estabelece que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial" (art. 5º, inciso XI).

O Código Penal, por sua vez, ao cuidar dos crimes contra a inviolabilidade do domicílio (art. 150), vedou a entrada ou permanência clandestina, astuciosa ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências. Outrossim, ditou que a expressão "casa" compreende (I) qualquer compartimento habitado, (II) aposento ocupado de habitação coletiva e (III) compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (§4º), mas não compreende (I) hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo o aposento ocupado e (II) taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero (§5º).

Percebe-se, portanto, que o domicílio, ou "casa" na dicção legal, é um espaço físico em que o cidadão goza de maior proteção à sua privacidade, seja onde vive, seja onde trabalha, de forma permanente ou transitória.

---

15. Nunes, 2015: 126.
16. Sinha *et al.,* 2018.

O referido direito, quando não for caso de flagrante delito, goza de proteção constitucional reforçada, a reserva de juiz, pois o ingresso não autorizado no domicílio depende de prévia autorização judicial. Ressalte-se, entretanto, que, de forma acertada o Supremo Tribunal Federal entende que a vedação de entrada por determinação judicial durante o período da noite pode ser afastada a depender das circunstâncias do caso concreto. Nesse sentido, por exemplo, já foi admitida a prova obtida mediante a entrada velada (busca exploratória) em escritório de advocacia, com prévia autorização judicial, para instalação de dispositivo de captação ambiental de som e imagem[17].

5.2.5 Direito ao sigilo das comunicações

A Constituição Federal protege o sigilo das comunicações estatuindo que "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal" (art. 5º, inciso XII).

A proteção se dá pela "proibição de terceiros (incluindo particulares) se intrometerem, tomarem conhecimento, registrarem, utilizarem ou divulgarem o conteúdo de comunicações privadas realizadas por qualquer meio que tenham um emissor e um recetor previamente determinado"[18]. A doutrina sustenta que tanto o remetente quanto o destinatário da mensagem são sujeitos ativos do referido direito[19]. A tutela da inviolabilidade das comunicações se circunscreve ao momento em que o conteúdo está em trânsito, não abarcando o momento prévio (uma carta não remetida ou o

17. STF, Inq 2.424, Rel. Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2008, DJe 25/03/2010. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2405920>. Acesso em 17/07/2025.

18. Nunes, 2015: 131-132.

19. Grinover, 2013: 243.

rascunho de uma e-mail, por exemplo), nem o posterior (cartas ou e-mails recebidos e armazenados), tendo fim quando a comunicação é entregue ao destinatário[20]. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a proteção conferida pelo art. 5º, XII, da CF se refere à comunicação dos dados, não aos dados em si mesmo[21]. Não obstante, o que se dá antes e após a transmissão está englobado na tutela da privacidade, sendo certo que, quando a comunicação ocorrer pela internet, incide o art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.965/14, o qual estabelece o direito do usuário à inviolabilidade e sigilo das comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial.

A inviolabilidade da correspondência e das demais formas de comunicação serve para tutelar a liberdade de manifestação do pensamento e o "segredo como expressão do direito à intimidade"[22].

A Constituição também conferiu proteção reforçada a tal direito, restringindo a ingerência no sigilo das comunicações ao campo da investigação ou instrução processual penal, devendo ser respeitada a reserva de juiz. A quebra de sigilo de comunicação telefônica, assim como do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, são regidas pela Lei 9.296/96[23]. O deferimento da quebra está condicionado à existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em delito punido com reclusão e indispensabilidade do referido método para a obtenção da prova

20. Nunes, 2015: 133.

21. Nesse sentido, por exemplo, STF, HC 124322 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 09/12/2016, publicado em 19/12/2016 (disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4638628>, acesso em 17/07/2025) e STF, RHC 132062, Rel. Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 22/11/2016, publicado em 24/10/2017 (disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4903009>. Acesso em 17/07/2025).

22. Grinover, 2013: 245.

23. Além disso, o art. 7º, inciso II, da Lei 12.965/14, ao tratar do uso da internet, estabelece o direito à inviolabilidade e sigilo do fluxo das comunicações do usuário pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei.

pretendida (art. 2º). Não há qualquer exigência quanto à especificação da técnica utilizada para a interceptação da comunicação e o prazo máximo de duração da medida é de 15 dias, renovável por períodos sucessivos[24], por meio de decisão devidamente fundamentada, enquanto perdurar a indispensabilidade do meio de investigação. A jurisprudência do STF entende que são lícitas as provas relacionadas a outros delitos, que extrapolem o objeto primitivo da investigação, encontradas fortuitamente no decorrer da interceptação das comunicações[25].

Note-se que não obstante a interpretação literal do dispositivo acima transcrito indicar conclusão diversa, o Supremo Tribunal Federal acertadamente entendeu que a garantia de sigilo das correspondências não é absoluta, devendo ceder, por exemplo, por razões de segurança pública. Nesse sentido, entendeu que a administração penitenciária pode, administrativamente, interceptar a correspondência "remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas"[26].

5.2.6 Direito à autodeterminação informacional

A Constituição portuguesa consagrou o direito à autodeterminação informacional no art. 35, que consiste em garantir ao cidadão o controle da informação disponível a seu respeito[27].

---

24. Nesse sentido, por exemplo, STF, HC 104.934, Relator Min. Marco Aurélio, Relator p/ acórdão Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/09/2011, DJe 05/12/2011. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3922947>. Acesso em 17/07/2025.
25. STF, HC 167550 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 25/10/2019, publicado em 03/09/2019. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5625028>. Acesso em 17/07/2025.
26. STF, HC 70814, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 01/03/1994, publicado em 24/06/1994. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1573852>. Acesso em 17/07/2025.
27. Nunes, 2015: 136.

A Constituição brasileira nada dispunha sobre esse específico direito e a proteção dos dados pessoais era considerada corolário da proteção da privacidade. Posteriormente, foi incluído, entre o rol de direitos fundamentais, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais (art. 5º, LXXIX). Nesse sentido, foi editada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/18) que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais com o "objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural" (art. 1º, *caput*), elencando entre os fundamentos da proteção a autodeterminação informativa (art. 2º, II). Ressalte-se, porém, que o regramento trazido pela novel legislação não se aplica às atividades de investigação e repressão de infrações penais (art. 4º, III, d).

Não obstante, quanto ao uso da internet, a Lei nº 12.965/14 estabelece que o provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial (art. 10).

Nessa mesma toada, estabelece que os registros de acesso a aplicações de internet somente devem ser fornecidos às autoridades pelo provedor de aplicações após autorização judicial, salvo os dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço (art. 15).

5.2.7 Direito à confidencialidade e integridade dos sistemas técnicos-informacionais

Tal direito não encontra previsão expressa na Constituição portuguesa ou na brasileira. Foi reconhecido pelo Tribunal

Constitucional alemão (BVerfG) em sentença de 27/02/2008[28], justamente em caso envolvendo lei que tratava do acesso remoto à dados em computador de investigado, para suprir "insuficiência de outros direitos preexistentes para tutelar 'a personalidade e o desenvolvimento do Ser humano' em face do vertiginoso progresso tecnológico dos nossos dias"[29]. Seria, então, segundo a corte alemã, residual, uma atualização da proteção da personalidade à nova realidade tecnológica[30]. Apresenta, por certo, esteio no direito à privacidade e relação com o direito à autodeterminação informacional. No entanto, se difere deste último pois sua abrangência extrapola o campo dos dados coletados, resguardando o próprio sistema e os dados em sentido amplo, abarcando, por exemplo, os dados armazenados em um HD ou em nuvem[31]. A corte advertiu que o direito à inviolabilidade do domicílio não era suficiente para garantir a tutela, pois, não obstante os dados possam estar localizados em dispositivo guardado no interior de residência, o acesso a eles pode ser remoto ou o dispositivo pode ser portátil, como um computador portátil ou *smartphone*[32]. Também não bastava o direito ao sigilo das comunicações, pois não alcança os dados armazenados, apenas aqueles que estão em trânsito, nem a mera utilização do sistema pelo indivíduo, sem estabelecer comunicação com outrem[33].

Por fim, a referida Corte reconheceu a possibilidade de restrição do referido direito, mas condicionado à reserva de lei, reserva de juiz, observância da proporcionalidade e existência de perigo concreto a bem de grande importância como a vida e a liberdade da pessoa[34].

28. BVerfG, Judgment of the First Senate of 27 February 2008–1 BvR 370/07–para. (1–333), comentado por FORGÓ et al. 2017: 262-269.
29. Nunes, 2015: 139.
30. Menke, 2015: 217.
31. Menke, 2015: 219-220.
32. Menke, 2015: 220.
33. Menke, 2015: 221.
34. Menke, 2015: 222-225.

5.2.8 Direito a não produzir prova contra si mesmo.

A Constituição Federal brasileira estabelece o direito fundamental do preso a permanecer calado (artigo 5º, inciso LXIII)[35]. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 14, nº3, "g")[36] e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 8, parágrafo 2, alínea "g") [37], apesar de não se referirem apenas ao preso, estabelecem tão somente o direito de toda pessoa a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

A doutrina majoritária, entretanto, compreende que o direito a não autoincriminação se estende a todas as provas que dependam de participação do acusado, ativa ou passiva[38]. Seria, então, um princípio constitucional implícito, com lastro na "cláusula do devido processo legal, do direito à ampla defesa, com relevo para o direito ao silêncio, e do princípio da presunção de inocência"[39].

O Supremo Tribunal Federal comunga desse entendimento, tendo reconhecido, por exemplo, a possibilidade do acusado usar de malícia quando do fornecimento de padrão gráfico com o intuito de prejudicar o resultado de perícia (HC 83960[40]), se negar a colaborar em reconstituição do crime (HC 69026[41]), a fornecer

35. "LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".

36. Decreto nº 592/1992.

37. Decreto nº 678/1992.

38. Bottino, 2009: 117-137.

39. Queijo, 2003: 69.

40. HC 83960, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 14/06/2005, DJ 01/07/2005. Disponível em https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2198748, acesso em 17/07/2025.

41. HC 69026, Relator Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 10/12/1991, DJ 04/09/1992. https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1525426, acesso em 17/07/2025.

padrão gráfico (HC 77135[42]), de voz (HC 83096[43]) e amostra de ar alveolar (HC 93916[44]) para exame pericial.

Ressalte-se que essa compreensão que confere contornos hipertrofiados à garantia se distancia do entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). Para a referida corte, a garantia se vincula aos atos comunicacionais do investigado, nada tendo a ver com os elementos de prova que possuam existência independente da vontade do suspeito, mesmo os que advém do próprio corpo. Nesse sentido, relevante o que ficou decidido no caso Saunders *vs*. Reino Unido:

> "O privilégio contra a autoincriminação não se estende à utilização em processo criminal de material que possa ser obtido do acusado através do uso de poderes coercitivos, contanto que tenham existência independente da vontade do suspeito, como documentos adquiridos em cumprimento de mandado, coleta de amostras de ar vindo dos pulmões, sangue e urina e tecidos corporais para análise de DNA"[45].

O mencionado direito fundamental desempenha papel importante no contexto dos métodos ocultos de obtenção de prova, pois, por conta da ignorância quanto à existência da investigação, o investigado pode involuntariamente colaborar com a elucidação do delito que praticou.

---

42. HC 77135, Relator Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 08/09/1998, DJ 06/11/1998. Disponível em https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1705653, acesso em 17/07/2025.
43. HC 83096, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 18/11/2003, DJ 12/12/2003. Disponível em https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2122576, acesso em 17/07/2025.
44. HC 93916, Relatora Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-117, 26/06/08. Disponível em https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598144, acesso em 17/07/2025.
45. Tradução do autor. Disponível em http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164241, acesso em 17/07/2025.

5.2.9 Contraditório

A garantia do contraditório é elencada entre os direitos fundamentais no artigo 5º da Constituição Federal (inciso LV). Seus elementos essenciais são a informação e a possibilidade de reação[46]. Ressalte-se, entretanto, que a Constituição não exige que o contraditório seja sempre prévio ao ato, mas que seja efetivo, o que tem grande relevância no que diz respeito aos meios de obtenção de prova ocultos, onde a prévia ciência do investigado retiraria por completo a eficácia da diligência. Não há óbice a que seja justificadamente posterior, desde que a parte tenha à sua disposição instrumental apto a fazer com que sua intervenção tenha eficácia[47].

Há quem defenda, como Fazzalari, que o contraditório integra o próprio conceito de processo, sendo indiscutível que é essencial para a própria legitimação da decisão judicial como resultado do exercício do poder estatal[48]. No que respeita ao juízo de fato, impõe que a atividade probatória se desenvolva dialeticamente, sendo reconhecido por muitos o seu valor heurístico, chegando-se a afirmar que o método dialético seria o melhor para averiguação da verdade dos enunciados[49]. Entretanto, há que se ter cautela quanto a esse ponto. A implementação da salutar dialética não pode resultar em alteração do desenho do processo a ponto de mudar sua natureza não adversarial. Ordinariamente a garantia do contraditório é relacionada com a paridade de armas[50], o que, no sistema acusatório em que se reconhece a função pública do processo e a qualidade da decisão, não pode implicar na demissão do julgador da posição de descobridor da verdade.

Há que se fazer a distinção, com apoio em Haack, entre *inquiry* e *advocacy*[51], a primeira sendo o desenvolvimento de atividade-

46. Fernandes, 2007: 63.
47. Fernandes, 2007: 71-72.
48. Badaró, 2019: 36-38.
49. Ubertis, 2017: 58-59.
50. Ubertis, 2017: 59-61.
51. Haack, 33-39 e 91.

de voltada para a aproximação da verdade como correspondência com a realidade, a busca de uma conclusão desconhecida. A segunda, ao revés, já tem como ponto de partida uma afirmação da parte dada como verdadeira, busca-se apenas elementos que possam corroborar essa assertiva, descartando-se todo o restante. Nesse sentido, tratando do processo civil, Taruffo chega a asseverar que apesar de sua importância para outros fins, o contraditório não tem função epistêmica, pois "as ações das partes não estão orientadas para a busca e o descobrimento da verdade", mas maculadas por uma tendência a distorcer a verdade para ganhar a causa[52]. Nessa toada, Damaska afirma quanto às partes do processo que "it is unrealistic to expect that their pursuit of self-interest will regularly result in desirable factual outcome"[53].

No processo penal brasileiro, a iniciativa probatória é preponderantemente das partes, cabendo ao magistrado apenas a atuação complementar. Sendo a prova instrumento de conhecimento, imperativo, destarte, reconhecer utilidade epistêmica ao contraditório, à participação dialética das partes, apresentando argumentos e produzindo provas. Entretanto, parece ingênua a posição que ignora os entraves epistêmicos causados pelas partes no exercício do contraditório.

5.2.10 Presunção de inocência

A Constituição Federal dita que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, LVII). A chamada presunção de inocência representa, ao mesmo tempo, uma regra de decisão e uma regra de tratamento[54].

Aquela tem aplicação no momento de decisão, ditando que a dúvida favorece o acusado. Se a acusação não lograr corroborar suficientemente sua tese, impõe-se a absolvição.

52. Taruffo, 2010: 192-196.
53. Damaška, 2003: 120.
54. Ferrer Beltrán, 2018.