

**A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NA PERSECUÇÃO PENAL: SUA
POSITIVAÇÃO PELA LEI ANTICRIME COMO MEDIDA MODERNIZADORA
PARA A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

***THE CHAIN OF CUSTODY OF THE EVIDENCE IN CRIMINAL PERSECUTION:
ITS POSITIVATION FOR THE ANTI-CRIME LAW AS A MODERNIZING
MEASURE FOR CRIMINAL INVESTIGATION***

Alexandre Cesar dos Santos¹

Resumo: O presente artigo aborda o tema cadeia de custódia da prova no processo penal e a sua positivação pela Lei Anticrime no ordenamento jurídico brasileiro, como medida de modernização da investigação criminal. A Constituição Federal garante o direito fundamental à prova lícita, como um dos corolários do devido processo legal, o que constitui a legitimidade da persecução penal. Por outro lado, se houver contaminação da prova, ela não poderá ser valorada pelo juiz ou deverá ser desentranhada do processo, conforme a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência. Além disso, faz-se um estudo acerca das críticas doutrinárias quando ocorre a quebra da cadeia de custódia no inquérito policial, o que pode levar ao trancamento da ação penal. Procura-se apresentar de forma didática e clara a finalidade da cadeia de custódia da prova no processo penal, como uma tecnologia de garantia da fiabilidade da prova técnica para um modelo do justo processo penal. A metodologia da pesquisa utilizada no estudo é a bibliográfica e a documental que se debruçam sobre o tema pesquisado. Nessa perspectiva, demonstra-se que a positivação da cadeia de custódia da prova no processo penal é uma medida modernizadora da investigação criminal e, ao mesmo tempo, uma ferramenta essencial ao direito de defesa, o que vai garantir o direito fundamental à prova lícita.

Palavras-chaves: Cadeia de custódia. Persecução penal. Prova. Inquérito policial.

Abstract: This article addresses the issue of chain of custody of evidence in criminal proceedings and its affirmation by the Anti-Crime Law in the Brazilian legal system, as a measure of modernization of criminal investigation. The Federal Constitution guarantees the fundamental right to lawful evidence, as one of the corollaries of due legal process, which constitutes the legitimacy of criminal prosecution. On the other hand, if there is contamination of the evidence, it cannot be valued by the judge or must be removed from the process, according to the majority position of doctrine and jurisprudence. In addition, a study is made about the doctrinal criticisms when the chain of custody is broken in the police investigation, which can lead to the suspension of the criminal action. It seeks to present, in a didactic and clear way, the purpose of the chain of custody of evidence in criminal proceedings, as a technology to guarantee the reliability of technical evidence for a model of fair criminal

¹ Delegado de Polícia Civil do Estado de Alagoas. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco-UFPE (2006). Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp-LFG. Pós-graduado em Direitos Humanos e Segurança Pública pela Universidade de Federal de Rondônia/SENASP.

procedure. The research methodology used in the study is bibliographical and documental that focuses on the researched topic. From this perspective, it is demonstrated that the affirmation of the chain of custody of evidence in criminal proceedings is a modernizing measure of criminal investigation and, at the same time, an essential tool for the right of defense, which will guarantee the fundamental right to lawful evidence.

Keywords: Chain of custody. Criminal prosecution. Evidence. Police inquiry.

Recebido em: 21/09/2021
Aceito para publicação em: 20/06/2022

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo destaca a importância da cadeia de custódia da prova na persecução penal, uma vez que vai permitir o controle epistêmico utilizado na colheita da prova para a preservação das fontes, o que leva a credibilidade e a fiabilidade dos elementos probatórios. Considerando essa perspectiva, a persecução penal no sistema acusatório deve garantir o direito fundamental à prova lícita para legitimar a atuação do Estado para o exercício da jurisdição.

Neste contexto, a problemática deste estudo sucinta no âmbito da aplicação da cadeia de custódia da prova na seara criminal, notadamente, em face da conservação da prova para demonstrar a realidade fática. Por essa razão, até que ponto pode a prova pericial ser apresentada ao magistrado de forma consistente e sem vícios de contaminação? Sendo assim, esse é o objetivo de perquirir acerca da cadeia de custódia da prova, como uma garantia fundamental do imputado, a qual visa a assegurar a produção da prova lícita.

Por isso, a relevância e a atualidade do tema se justificam em virtude da positivação da cadeia de custódia da prova no Código de Processo Penal, pela Lei nº 13.964/2019, conhecida popularmente de “Lei Anticrime”, que estabeleceu uma regulamentação mais precisa, com conceitos técnicos e protocolos em torno da cadeia de custódia da prova. Dessa maneira, houve a dogmatização dos protocolos de coleta, de manuseio e de armazenamento no Código de Rito Penal, com o propósito de preservação dos vestígios e das evidências coletadas no local de crime. Essa medida representa grande avanço para a modernização das perícias técnicas e, ao mesmo tempo, ao direito de defesa do imputado, que são essenciais ao processo penal acusatório, por estar intimamente relacionado ao direito fundamental à prova para o devido processo penal justo.

Colocada essa noção preliminar, outra temática tratada no artigo debruça-se sobre as provas acautelatórias irrepetíveis na fase preliminar da *persecutio criminis*.

À vista disso, aborda-se sobre a possibilidade excepcional de “trancamento” do inquérito policial, caso tenha ocorrido quebra no elo da cadeia de custódia. Firmada essa premissa, a hipótese básica assenta-se na ideia de que não sendo mais possível a realização da prova antecipada cautelar e sendo essa a única prova do processo, não haverá justa causa para a ação penal. Por outro lado, há vozes na doutrina que defendem que vai depender do vício da prova, para saber se ela será desentranhada ou não dos autos do processo. Por isso, é importante trazer à baila a cadeia de custódia da prova e seus reflexos no inquérito policial, como direito fundamental à prova lícita.

Outro ponto dedicado no artigo diz respeito à investigação criminal. Sob esse enfoque, destaca-se a necessidade para os métodos científicos próprios de cada perícia, com suas técnicas de colheitas de vestígios em locais de crimes com a finalidade de produzir provas legais, livres de adulteração ou extravios para resguardar as fontes de provas.

Por fim, para alcançar esses resultados, a pesquisa desenvolve-se pela metodologia bibliográfica e documental, com reflexões de vários autores, notadamente Geraldo Prado, Janaina Matida, Gustavo Righi Ivahy Badaró, Antonio Scarance Fernandes, Antônio Magalhães Gomes Filho, Ada Pellegrini Grinover, Manuel Monteiro Guedes Valente, com suas propostas teóricas em torno do tema tratado. Por isso, a abordagem dos tópicos é estruturada com argumentos em confrontos doutrinários e precedentes judiciais que defendem suas teses sobre a cadeia de custódia no processo penal como uma garantia fundamental à prova lícita na persecução criminal.

2 A POSITIVAÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PARA A PADRONIZAÇÃO DA CAPTAÇÃO DA PROVA

No Código de Processo Penal, não havia um regramento expresso para a cadeia de custódia da prova e a sua rastreabilidade. Entretanto, por uma interpretação sistemática, podia-se extrair do Código de Ritos a necessidade de preservação do local de crime e da documentação pericial, como uma exigência da autenticidade e da integridade das fontes das provas, uma vez que os atos de investigação criminal devem observar à legalidade para a obtenção da prova em respeito ao preceito constitucional da garantia fundamental do direito à prova lícita.

Havia, no entanto, uma padronização de normas técnicas para o procedimento da cadeia de custódia da prova para os processos criminais pela Portaria nº 82/2014, de 16.07.2014 da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça (SENASP), a qual diz que “a cadeia de custódia é fundamental para garantir a idoneidade e a rastreabilidade dos vestígios, com vistas a preservar a confiabilidade e a transparência da produção da prova pericial até a conclusão do processo judicial” (BRASIL, 2014). Essa Portaria era uma referência para as instituições policiais e as Perícias Oficiais, que as utilizavam para a coleta e a preservação dos vestígios, que são marcas ou sinais sensíveis, substâncias ou objetos encontrados no local de crime que tenham relação com fato investigado, bem como a preservação das evidências, que são os vestígios que foram analisados pelos peritos e que têm relação com fato criminoso, após a elaboração dos laudos periciais na fase do inquérito policial. No entanto, é comum a não observação pelos agentes públicos quanto às normas de naturezas administrativas, as quais disciplinam os métodos da cadeia de custódia da prova e a preservação dos vestígios e das evidências.

Tratando-se de provas na seara criminal, a coleta de vestígios deve ser um procedimento adotado com certo rigor científico, já que a persecução penal é um instrumento que vai legitimar a aplicação da sanção penal ao imputado², a partir do

² Antonio Scarance Fernandes define “imputação” como “um juízo pelo qual se atribui a alguém a prática de fato penal relevante, ou seja, de fato que ajusta a uma norma penal incriminadora. (...) Normalmente, se expressa por determinado ato: indiciamento, denúncia, determinação judicial de Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 8-42, jul./out. 2022

devido processo legal, o qual se desenvolve pelas garantias constitucionais e limites ao poder punitivo do Estado. A partir dessa premissa, o corolário da valorização racional da prova requer um regramento legal sobre como se dá a produção, os meios e os limites para a obtenção da prova, com a finalidade da garantia do devido processo penal e seus desdobramentos.

Nesse enfoque, Ada Pellegrini Grinover (1982, p. 58), antes mesmo da Constituição Federal 1988, defendia a necessidade de regramento dos procedimentos para obtenção da prova, como regras de tutela da esfera individual:

Assim entendido, o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma experiência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo. A legalidade na disciplina da prova não indica um retorno ao sistema de prova legal, mas assinala a defesa das formas processuais em nome da tutela dos direitos dos acusados.

Como se vê, a doutrina reivindicava um disciplinamento no ordenamento jurídico para estabelecer regras mínimas para a obtenção da prova na persecução penal. A partir dessa perspectiva, a documentação da cadeia de custódia da prova, bem como o rastreamento da prova técnica é extremamente necessária para a modernização e a legitimação do processo criminal. Essa ilação é, também, extraída de Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais Rosa (2015), conforme sustentam: “é crucial que se demonstre de forma documentada a cadeia de custódia e toda a trajetória feita, da coleta até a inserção no processo e valoração judicial”. No mesmo sentido, é o posicionamento de Gustavo Badaró (2017, p. 527):

Contudo, é absolutamente fundamental que a lei processual estabeleça regras gerais e padrões mínimos do conteúdo de documentação de toda cadeia de custódia e as consequências processuais de seu desrespeito, sejam em termos de admissibilidade, seja quanto à valoração do meio de prova dela correspondente.

prisão cautelar ou de outra medida constritiva”. In. **Reação Defensiva à Imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 103.

Percebe-se que a positivação da cadeia de custódia no ordenamento jurídico parte do princípio dogmático da legalidade para que os operadores do direito possam identificar todos os termos objetivamente, com a finalidade de estabelecer condições razoáveis para as técnicas de procedimento na coleta e no manuseio da prova no curso da *persecutio criminis*. Neste caso, a Ciência do Direito sistematizou com normas as formalidades rituais na captação, na documentação, no manuseio e na preservação dos vestígios que, em certa medida, conduzem à legitimação das decisões judiciais na seara probatória, ao positivar o rito da cadeia de custódia da prova no Código e Processo Penal.

Como pontua Ferraz Júnior (1999, p. 28): “tudo é passível de ser normado e para enorme disponibilidade de endereçados, pois o direito já não depende do *status*, do saber, do sentir de cada um, das diferenças de cada um, da personalidade de cada um”. Daí a necessidade de normatizar a cadeia de custódia da prova e a rastreabilidade dos vestígios. É neste contexto, a fim de sanar esse vácuo na legislação processual penal, que a Lei nº 13.964/2019, conhecida popularmente de “Lei Anticrime”, estabeleceu a regulamentação mais precisa com conceitos técnicos peculiaridades no tema da prova, em torno da cadeia de custódia da prova no processo penal.

Diante disso, a referida Lei acrescentou o art. 158-A no Código de Processo Penal, que traz o conceito legal da cadeia de custódia da prova: “Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte” (BRASIL, 1941). Esse dispositivo normativo é fruto do Projeto Lei nº 10.372/2018 da Câmara dos Deputados, o qual foi apensado ao projeto de Lei nº 882/2019 de iniciativa do Poder Executivo, conhecido popularmente como “Pacote Anticrime”. Isso implica grande avanço para o controle epistêmico da fiabilidade da

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 8-42, jul./out. 2022

prova, já que estabelece procedimentos técnicos para a coleta de vestígios e de evidências para o seu rastreamento, com a finalidade de assegurar a credibilidade do elemento probatório, o que vai legitimar a persecução penal.

Nessa linha de raciocínio, a normatização da prospecção da prova penal é uma forma de proteção às partes na persecução penal contra o arbítrio na manipulação e na preservação das evidências nas perícias técnicas, para mantê-las livres de contaminação e não falsear a verdade. Dessa maneira, é uma tentativa de equilibrar as partes em paridade de armas, diante da complexidade das provas técnicas, em um cenário que é acessível aos especialistas de cada Ciência.

Por esse prisma, a positivação da cadeia de custódia da prova no processo penal permite apresentar uma gama de conceitos que estabelecem as etapas do rastreamento dos vestígios, previstos no art. 158-B e seguintes do Código de Processo Penal. Essas regras definidoras para o campo da perícia técnica foram dogmatizadas, com o desiderato de diminuir as incertezas das irregularidades na coleta, no manuseio, na preservação dos vestígios recolhidos em local de crimes e nas buscas e apreensões, o que conduz ao controle epistêmico da prova na persecução penal.

É neste contexto, que a Lei Anticrime traz todo regramento de procedimentos e de condutas aos agentes públicos que irão manusear os vestígios, com a finalidade de garantir seu registro documental, a integralidade e a rastreabilidade, que são elementos imprescindíveis para a idoneidade e a confiabilidade da fonte da prova. Por essa razão, a positivação da cadeia de custódia da prova no processo penal é grande avanço para a modernização da investigação criminal, como já defendida por Grinover (1982, p. 58): “a investigação e a luta contra a criminalidade devem ser conduzidas de uma certa maneira, de acordo com um rito determinado, na observância de regras preestabelecidas”.

Por isso, é preciso legitimar o sistema de justiça criminal, por uma dogmática que venha estabelecer um rígido controle no segmento das perícias técnicas, visto

que ela se encontra, geralmente, no âmbito da polícia judiciária. Isso significa dizer que não apenas os peritos, mas todos aqueles agentes públicos que tiverem contato com os vestígios, devem seguir todos os protocolos de operacionalidade previstos pela lei para produzir a prova técnica lícita e oferecer, aos atores da persecução, todos os elos entre o encadeamento da prova e sua rastreabilidade.

Vale notar que a cadeia de custódia, em regra, trata com provas técnicas nos mais diversificados ramos do conhecimento científico. Por essa razão, percebe-se que o legislador procurou estabelecer conceitos normativos para ordenar o sistema de controle da entrada da prova no processo penal, o que vai assegurar, em tese, a reprodução da prova pericial sem interferências de contaminação e ou falseamento do fenômeno que a descreve. Isto se dá notadamente, pelo fato de a perícia técnica ser um saber científico com seus métodos e técnicas próprias para demonstrar ou comprovar os fatos. No ponto, vale a pena a lição de Diniz (1996, p. 18-19) sobre a diferença entre método e técnica para conectar o estudo da cadeia de custódia da prova penal com seus desdobramentos:

O método é a garantia de veracidade de um conhecimento. Método é a direção ordenada do pensamento na elaboração da ciência. Logo, a ciência requer uma atividade ordenada segundo seus princípios próprios e regras peculiares. É ele que guia a investigação científica, provando que o resultado de suas pesquisas é verdadeiro. Não se deve confundir método com técnica, pois o saber científico pode utilizar diversas técnicas, mas só pode ter um método.

Desta forma, como já frisado, o art. 158-B e seguintes do Código de Processo Penal estabeleceram conceitos técnicos das etapas de rastreamentos dos vestígios que vão da coleta ao descarte. Como assinala Rosmar Rodrigues de Alencar (2016, p. 16) o conceito possui natureza axiológica, o que possibilita o acesso ao conhecimento por meio dos termos que foram escolhidos pelo legislador com a finalidade de comunicar o comando enunciado. Por sua vez, a definição tem uma natureza lógica, que delimita a fronteira semântica de um conceito para a construção de um discurso coerente.

Daí que há a necessidade de regulamentação da cadeia da custódia da prova penal pelo legislador no Código de Processo Penal, com as definições desse instituto e o detalhamento dos protocolos de documentação e de rastreamento dos vestígios recolhidos na cena do crime, no computador, no celular etc. Assim, a positivação da cadeia da cadeia de custódia da prova no Código de Processo Penal adota uma terminologia técnica coerente que desempenha uma relevância para o devido processo legal e seus corolários na persecução penal no Estado de Direito. Como se vê, as normas de natureza processual são instrumentos que regulam, precipuamente, o exercício do poder jurisdicional do Estado da *persecutio criminis*, bem como se destina a disciplinar os auxiliares da justiça.

Em apertada síntese, no que toca à regulamentação da cadeia de custódia da prova em alguns países da América Latina, a autenticidade e a fiabilidade da prova têm tratamento em consonância com os direitos e as garantias fundamentais do imputado na persecução criminal em matéria relativa à prova pericial. Desse modo, no final dos anos 90, do século passado, o Chile deu uma virada de paradigma do processo inquisitorial para o acusatório, em especial, na seara probatória, uma vez que estabeleceu parâmetros racionais de controles epistêmicos, com a finalidade da garantia da “autenticidade” dos elementos probatórios. No mesmo sentido, a Colômbia estabeleceu métodos de controle da “autenticidade” da prova em 1990, por meio do Decreto 786, e nos Códigos Penais em 2000 e 2004. Por esse prisma, a cadeia de custódia da prova tem uma aplicação pragmática, já que traz o princípio da “mesmidade” e mais segurança e qualidade para a justiça criminal para a aplicação da lei penal e, ao mesmo tempo, reduzir os riscos de incriminação imprópria (PRADO, 2019, p. 94-95).

Enquanto conjunto de normas jurídicas, o processo penal destina-se à disciplina normativa do Estado para impor padrões lógicos e coerentes, como instrumento compositivo de litígios penais. Desse modo, subordina-se aos

mandamentos reguladores do Direito, pois os atos que o integram estão sujeitos à disciplina normativa impostos à obediência de todos (MARQUES, 1997, p. 31).

Com essa argumentação, é possível inferir que a positivação da cadeia de custódia da prova no processo penal e do rastreamento dos vestígios têm por finalidade disciplinar o *modus operandi* dos agentes públicos ou privados na coleta, manejo e preservação dos vestígios captados no curso da persecução. Além disso, estabelece uma sequência lógica de documentação do percurso da evidência que vai da coleta ao descarte, o que vai permitir ao juiz e às partes o controle epistêmico da fonte de prova.

3 A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA LÍCITA

Com o avanço das Ciências em suas diversificadas áreas do conhecimento, há uma necessidade extrema de aprimoramento das modernas técnicas da criminalística forense, porquanto cada vez mais as provas técnicas são utilizadas nos processos judiciais ou administrativos com a finalidade de se chegar à “verdade fática” mais aproximada possível. Por essa razão, para que a prova pericial seja apresentada de forma consistente e sem vícios de contaminação, desde a coleta dos vestígios no local de crime ou no objeto de corpo de delito até seu descarte, faz-se necessário seguir um método próprio que é a cadeia de custódia da prova.

Na visão do jurista português Manuel Monteiro Guedes Valente (2019, p. 32-33), a cadeia de custódia da prova no processo penal está enquadrada “como uma garantia formal e material da tutela da prova” no sistema “jurídico-constitucional-processual”, já que tem um reflexo direto na autenticidade e na integridade, desde o meio de obtenção da prova, passando pela perícia técnica até ser submetida ao Tribunal. Portanto, é uma técnica jurídico-processual a evitar

que os vestígios ou as evidências probatórias estejam sujeitos a sofrerem alterações ou serem diferentes dos que foram encontrados e recolhidos na investigação.

Volvendo à cadeia de custódia da prova para o ponto vista da teoria da prova e sob a perspectiva analítica, a prova, além de ser termo de sentidos múltiplos³, passa por etapas probatórias para integrar o processo, as quais são: postulação, admissão, produção e valoração. Em aperto de síntese, a fonte da prova é de onde emana a informação; quanto ao meio de prova, é tudo que pode ser utilizado, direta ou indiretamente, para se levar ao processo, com a finalidade de provar o que se diz; por fim, a prova propriamente dita é aquela produzida em contraditório, na presença do juiz e convertida em linguagem, argumento, nos autos do processo (ALENCAR, 2016, p. 475-476).

Naturalmente que a investigação criminal não fica restrita às provas testemunhais e aos elementos informativos colhidos em inquéritos policiais, tais como, por exemplo, armas de fogo, estojos de munições colhidos na cena do crime, objetos com materiais genéticos etc. É mais que isso, dado que muitos vestígios não são aparentes aos peritos, ou seja, observados pelos sentidos do ser humano, o que requer técnicas investigativas mais apuradas, notadamente como: provas digitais, interceptações telefônica, exames residuográficos para detectar pólvora, chumbo nas mãos de pessoas, o uso de luminol para encontrar vestígios de manchas de sangue humano, coleta de impressões digitais, exame de DNA etc. Por essa perspectiva, os vestígios são, em geral, como Edmond Locard (*apud*, OLIVEIRA, 2004, p. 82)

³ Conforme Antonio Magalhães Gomes Filho, prova é um termo polissêmico. Nesse diapasão, os aspectos teóricos no conceito de prova são constituídos pelo entrelaçamento das categorias: elemento de prova, meio de prova e instrumento de prova. Como se depreende, as concepções doutrinárias, quanto ao conceito de prova evidenciam relevantes aspectos que convergem para a busca da verdade no campo pragmático. Nessa lógica, o termo prova apresenta variações de sentido devido à natureza polissêmica nos discursos dos juristas empregada na linguagem do processo, o que leva a uma diversidade de significados. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexões no processo penal brasileiro. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 303-318.

chamou de “testemunhas mudas do crime”,⁴ pois eles são eficazes para o exame de corpo de delito, o que pode levar aos meios de provas, em tese, com mais segurança para se chegar à reconstrução histórica dos fatos.

Segundo Geraldo Prado (2014, p. 80-81), a cadeia de custódia da prova teve sua origem no direito norte-americano e constitui obrigação da acusação estabelecer os elos entre as diversas atividades que compõem todo o processo de captação probatória para aferir o valor da informação obtida. Dessa maneira, é de se ver que a pretensão da cadeia de custódia da prova é assegurar a integridade dos vestígios e dos elementos probatórios, o que é uma garantia constitucional que veda a entrada das provas ilícitas no curso da persecução penal. Desta forma, garante-se, teoricamente, a idoneidade dos objetos e dos documentos apreendidos ou escolhidos pela perícia técnica, ao longo da *persecutio criminis*, a fim de se evitar dúvidas quanto à origem e ao caminho, percorrido durante o manuseio das evidências.

Pelo que se infere, a partir desses argumentos, a cadeia de custódia da prova no processo penal visa a assegurar a fiabilidade dos elementos probatórios, visto que os protegem, em princípio, de interferências externas capazes de falsificar o resultado da atividade da perícia técnica. Em contrapartida, a função da cadeia de custódia da prova consiste em estabelecer um mecanismo de prospecção e de preservação das provas que deverão estar disponíveis às partes, bem como garantir a rastreabilidade da prova.

Desse procedimento, dentre os princípios reitores da cadeia de custódia da prova no processo penal está o direito fundamental à prova lícita. De outra parte, há opinião contrária na doutrina quanto à regra da garantia fundamental à prova lícita. Nessa linha de pensamento, Debaque (1996, p. 103-105) sustenta que:

⁴ “Eis as testemunhas seguras e mudas, as que nunca mentem, nem se enganam: impressões digitais, vestígios de passos, mordeduras de unhas e de dentes, documentos carbonizados onde se lêem, formas das ferramentas de arrombamentos, pedaços de vestuários ou de cabelos. Não são necessárias mais testemunhas: o assassino assinou o crime.” (*Sic*). A investigação Criminal e os Métodos Científicos. Coimbra, 1939, p. 22. *Apud*. OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A Defesa e a Investigação do Crime**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 82.
Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 8-42, jul./out. 2022

Não se pode concordar com a absoluta desconsideração das provas ilícitas (...) a repulsa de tal prova, como regra genérica, em nada beneficia o ordenamento jurídico, já violando pelo ato ilegal daquele que a obteve (...) E, com rejeição de prova obtida irregularmente, poderá o julgador ficar sem elementos suficientes para proferir uma decisão justa.

Há também julgados isolados em que não há o respeito à norma Constitucional que veda a prova ilícita na persecução penal, sob a seguinte fundamentação:

A política criminal deve ser orientada no sentido de proteger a sociedade e não o criminoso (...) ao vingar a aplicação generalizada da nulidade por provas ilícitas, será simplesmente impossível flagrar um sonegar de tributos, já que é crime que costuma a disfarçar-se e raramente é praticado em praça pública. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região, 1995).

Entretanto, a posição majoritária na doutrina e na jurisprudência é a vedação à prova ilícita na persecução penal. Nesse sentido, cabe às partes produzir as provas diretamente em contraditório dialético para formação de acervo probatório para o processo. Nesta toada, o italiano Paolo Tonini (2002, p. 83) sintetiza o direito fundamental à prova como:

O 'direito à prova' é uma expressão sintética que compreende o direito de todas as partes de buscar as fontes de prova, requerer a admissão do respectivo meio, participar de sua produção e apresentar uma valoração no momento das conclusões.

Um dos objetivos da cadeia de custódia da prova no processo penal é trazer a evidência ao bojo dos autos do processo, igual a que foi encontrada na cena crime, o que representa a integridade da prova material para a busca da verdade. Neste diapasão, Geraldo Prado reproduz as lições de Alberi Espindula, quanto à finalidade da cadeia de custódia da prova:

Claro está que a finalidade em se garantir a cadeia de custódia é para assegurar a idoneidade dos objetos e bens escolhidos pela perícia ou

apreendidos pela autoridade policial, a fim de evitar qualquer tipo de dúvida quanto à sua origem e caminho percorrido durante a investigação criminal e o respectivo processo judicial. (ESPINDULA, *apud*, PRADO, 2014, p. 80).

Nesta perspectiva, o manuseio das provas pelos peritos deve observar todo o procedimento formal estabelecido pela Lei Anticrime para garantir a idoneidade dos elementos probatórios no curso da *persecutio criminis*. Com efeito, de nada adianta o emprego das técnicas sofisticadas da criminalística, se o vestígio apresentar vícios na sua coleta ou no armazenamento. Portanto, a positivação e a regulamentação da cadeia de custódia da prova no processo penal são de enorme relevância para a legitimidade da persecução penal e a modernização da investigação criminal.

O direito à prova lícita é uma garantia constitucional oferecida às partes para demonstrar no processo a veracidade daquilo que se afirma em relação aos fatos relevantes, o que constitui um dos postulados do devido processo legal. Por outro lado, embora o Código de Processo Penal no art. 155 adote implicitamente o princípio da liberdade dos meios de provas, a própria ordem constitucional exige que as provas apenas sejam admitidas ao processo quando obtidas licitamente.

Assim, há uma limitação na “busca da verdade” através de regras que vedam a introdução de provas ilícitas ou ilegítimas, bem como as excluem do processo. Dessa forma, embora tenha consagrado o direito fundamental à prova, daí surge a questão das provas ilícitas: “a prova ilícita (ou obtida por meios ilícitos) enquadra-se na categoria da prova vedada: a prova é vedada sempre que for contrária a uma norma legal ou a um princípio do direito” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 406).

Percebe-se, então, que a vedação da prova ilícita é uma garantia constitucional na tutela do direito fundamental à prova, prevista no art. 5º, LVI da Constituição Federal: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988). Como se infere, esse mandamento constitucional determina que os métodos da obtenção da prova na persecução penal têm limites que a própria

Carta Magna impõe ao Estado na busca da verdade para legitimar o *jus puniedi*, com a inadmissibilidade das provas ilícitas.

Ainda no ponto, fazem-se necessárias as lições de Antônio Magalhães Gomes Filho (2010, p. 393-410) sobre as balizas das provas ilícitas e ilegítimas:

As primeiras constituem o resultado de uma violação do direito material, enquanto, nas segundas, o vício decorre da infringência de normas processuais. Outra diferença entre elas decorre do momento em que se configura a ilegalidade: nas ilícitas, ela ocorre quando da obtenção; nas ilegítimas, na fase da produção. Também é diversa a consequência dos respectivos vícios: as ilícitas são inadmissíveis no processo (não podem ingressar e, se isso ocorrer, devem se desentranhadas); as ilegítimas são nulas e, por isso, a sua produção pode ser renovada, atendendo-se então às regras processuais pertinentes.

Nessa linha de raciocínio, a contaminação dos vestígios no curso da cadeia de custódia da prova no processo penal conduz, portanto, à quebra da credibilidade da prova, uma vez que se houver contaminação do material probatório ou mesmo alteração, pode haver injustiças: absolvição de culpa ou a condenação de um inocente. Sob esse prisma, a cadeia de custódia da prova no processo penal serve para não gerar dúvidas quanto à licitude na obtenção da fonte da prova, isto porque a preservação da integridade da prova reflete diretamente no contraditório, na ampla defesa, na paridade de armas entre outras garantias da persecução penal (EDINGER, 2016).

Deitadas essas balizas, é possível sustentar que a cadeia de custódia da prova no processo penal é uma garantia constitucional para o imputado, além de ser um interesse do Estado na colheita de vestígios, com métodos disciplinados e positivados no Código de Processo Penal. Portanto, a atividade e a produção de provas técnicas, como controle epistêmico da prova, em tese, asseguram a autenticidade e a integridade dos vestígios pelos agentes públicos, nos locais de crimes, para ter a fiabilidade de valor probatório.

4 A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA E SEUS REFLEXOS NO INQUÉRITO POLICIAL QUANTO ÀS PROVAS CAUTELARES, IRREPETÍVEIS E ANTECIPADAS

No sistema acusatório de persecução penal, os métodos e os protocolos de documentação para a produção probatória se afinam com a segurança jurídica, posto que vão garantir, em certa medida, a confiabilidade da prova para sua posterior admissão no processo e na valoração pelo julgador. Focando na colheita das provas acautelatórias na fase preliminar, se houver quebra no elo da cadeia de custódia, a ponto de contaminar o vestígio, o que faz refletir nas provas irrepetíveis, é possível, excepcionalmente, “trancar” o inquérito policial se essas forem as únicas provas que dão a justa causa para a ação penal.

Com efeito, neste caso, haverá a contaminação da ação penal, visto que o ato viciado não poderá ser repetido na investigação preliminar. Como lembra Prado (2014a, p. 92), “a contaminação gerada pela quebra da cadeia de custódia das provas tem tratamento no art. 157, do CPP, que estabelece a inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, salvo quando houver rompimento do nexo de causalidade entre umas e outras”.

No que toca aos elementos informativos angariados no inquérito policial, é pertinente discutir como as provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas são incorporadas ao bojo do processo e as consequências jurídicas decorrentes de um vício na coleta ou na produção da prova para a persecução penal. Assim sendo, esse ponto aborda se a não observância da cadeia de custódia da prova pode macular o processo, a ponto de o juiz não valorar as provas para fundamentar a decisão judicial, devido à nulidade que ela apresenta.

Segundo Alencar (2016, p. 474), por conta do art. 563 e seguintes, do Código de Processo Penal, os vícios na fase investigativa não constituem nulidades, porquanto a nulidade em sentido estrito pressupõe um processo penal instaurado.

Por outro lado, na fase do inquérito seria tecnicamente chamada de ilicitudes em sentido amplo, os vícios decorrentes desta fase. Nesta toada, a doutrina e a jurisprudência majoritárias afirmam que não há nulidades no curso do inquérito policial, do mesmo modo que os vícios constantes neste instrumento de investigação não são capazes de macular a ação penal. Entretanto, na prática é possível que uma ação penal seja comprometida quando sustentada em prova pericial gravemente viciada, produzida na fase investigativa, como a prova não repetível, cautelares e antecipadas, que são medidas de antecipação da prova.

Sublinhe-se que, por sua natureza, a persecução penal demanda tempo, daí porque as medidas acauteladoras são instrumentos para a antecipação da prova, as quais são destinadas a assegurar a eficiência da atividade probatória. Portanto, a demora pode impedir ou dificultar que pessoas ou coisas, objetos de provas, possam servir como uma fonte de prova para as partes. Desta forma, essa providência tem um caráter excepcional, pois estão sujeitas aos requisitos do *fumus boni iuris*, no caso da relevância daquilo que se pretende provar, e do *periculum in mora*, caracterizado pelo risco da fonte da prova não existir, quando da instrução na fase do processo, ou não possa levar as informações que interessem ao processo. São exemplos de provas acauteladoras: as buscas e apreensões domiciliar (art. 240, ss), o exame de corpo de delito para a cotação de lesões corporais (art. 158), os depoimentos antecipados (art. 225), todos do Código de Processo Penal, a autorização para as interceptações telefônicas, prevista a Lei nº 9.296/1996 etc (GOMES FILHO, 2009, p. 252-253).

Com essa observação, é preciso alinhar as normas processuais penais, as quais gravitam em torno da fase investigativa, com a dogmática constitucional dos direitos e das garantias fundamentais, especialmente na seara de captação da prova. Não fora de propósito que Alencar (2016, p. 472) sustenta que, no curso do inquérito policial, o juiz deve tomar o cuidado para verificar que a nulidade do ato viciado depende da gravidade:

a regularidade do inquérito policial cristaliza imperativo de tutela dos interesses do investigado, razão pela qual o magistrado deve tomar o cuidado que conduzir o processo de forma a aferir se, no curso do inquérito policial, não houve cometimento de "nulidade absoluta ou relativa (quando alegada)". Sendo constatada a "nulidade", o ato viciado do inquérito "deverá ser repetido e excluída a respectiva peça que o materializa, sob pena de contaminação dos atos que dele derivem". Não sendo o ato inquisitório repetido, "ainda que por impossibilidade, sua valoração na sentença ensejara a nulidade do processo." (*sic*)

Na mesma linha de pensamento, Aury Lopes Júnior (2001, p. 188) defende que, apesar de elementos informativos, colhidos em sede de inquérito policial, eles servem de fundamento para restringir a liberdade do imputado, através das prisões cautelares e a disponibilidade de bens, as quais são medidas acauteladoras reais, tais como o arresto e o sequestro de bens. Daí a importância da colheita dos elementos informativos, especialmente os vestígios, que serão objetos de provas técnicas, que deverão obedecer à cadeia de custódia da prova.

É de se ver que, a partir do art.155 do Código Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.690/2008, o legislador fez a distinção entre os conceitos de prova e de elemento informativo. Sob essa perspectiva, a prova está vinculada ao contraditório judicial, segunda fase da persecução penal, enquanto que elementos informativos são colhidos na fase investigativa, primeira fase da persecução penal. Sobre esse ponto, são conceitos, de fato, que não se confundem, pois eles possuem valoração e natureza jurídicas distintas nas fases da persecução penal, como bem explica Lopes Júnior (2001, p. 187): Os atos de prova têm por objetivo a introdução de dados probatórios nos autos do processo, são dirigidos à formulação de um juízo de certeza próprio da sentença, enquanto os atos de investigação têm por finalidade a obtenção de informações que levam a uma hipótese, um juízo de probabilidade idôneo a sustentar a *opinio delicti* do Ministério Público nas ações penais ou de fundamentar a adoção de medidas cautelares pelo juiz.

A partir dessa ilação, considerando que os atos de investigação servem de fundamento para decisões judiciais cautelares, por exemplos: prisões, indisponibilidade de bens busca e apreensão, por exemplo, no que toca a colheita das provas (elementos informativos da fase do inquérito policial), faz necessário estabelecer ritualidades formais na fase investigativa. Isso é de extrema relevância, notadamente, quanto às provas científicas, já que há uma tendência de serem mais valorizadas pelos juízes.

É relevante frisar esse aspecto, porque, em regra, a produção das provas científicas cautelares, irrepetíveis e antecipadas ocorrem na fase pré-processual. É nesse contexto, que está o disciplinamento da cadeia de custódia da prova na seara criminal com uma tecnologia para o devido processo legal, quanto ao vetor probatório e seus desdobramentos, para não haver prejuízos aos direitos fundamentais do imputado que podem cominar em ofensa ao seu *status libertatis*.

Como se depreende, a importância da cadeia de custódia da prova para assegurar a integridade dos vestígios, fontes de provas, é de fundamental relevância para a persecução penal, especialmente quanto às provas técnicas cautelares, irrepetíveis e antecipadas, que não podem sofrer contaminação pelos seus métodos coletas, manuseios e armazenagem.

De fato, essas provas acauteladoras produzidas na fase investigativa são de extrema relevância para a sustentação de decisões cautelares no curso da persecução penal, o que exige o respeito das garantias constitucionais em torno da produção da prova, além de sua preservação. Portanto, não basta que o elemento probatório seja lícito, é necessário também que ele tenha fiabilidade probatória.

Essa ilação se afina com o que enfatiza Geraldo Prado (2019, p. 93) ao dizer que o contraditório diferido é o esvaziamento do procedimento, pois ele é "um contraditório de baixa densidade". Nesse contexto, a defesa do imputado é inviabilizada para debater acerca da fiabilidade da prova técnica na fase do inquérito policial:

As perícias realizadas na fase policial são, em regra, feitas sem prévia manifestação da defesa e, muitas vezes, representam a comprovação do corpo de delito. Excluídos os casos em que há urgência, seja porque há risco de desaparecerem os sinais do crime, seja porque é impossível ou difícil conservar coisa a ser examinada, ou ainda as hipóteses em que inexistente suspeita contra pessoa determinada, a autoridade policial deveria dar oportunidade ao indiciado de apresentar quesitos para maior garantia de sua defesa. Todavia, tem-se entendido que as provas periciais obtidas na fase policial independem de manifestação do indiciado, porque o inquérito é marcadamente inquisitório e também porque pode o réu, na ação penal, impugnar a perícia, requerer novo exame, pedir esclarecimentos aos peritos. Realiza-se enfim um contraditório diferido. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2011, p. 146).

Como essas constatações, é plausível concluir que a utilização de elementos informativos colhidos na fase investigativa, especialmente as provas acautelatórias e as antecipadas, podem servir de formação de convencimento do magistrado sobre os fatos, para fundamentar a decisão judicial, conforme o art. 155 do Código de Processo Penal. Entretanto, é necessário o contraditório judicial, que, neste caso, será deferido ou postergado, o que vai permitir discutir a admissibilidade, a idoneidade e a regularidade na captação do elemento informativo no inquérito policial, sob a perspectiva da cadeia de custódia da prova.

5 AS CONSEQUÊNCIAS DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PARA A PERSECUÇÃO PENAL

Como já dito, a cadeia de custódia da prova tem por finalidade estabelecer a seqüência lógica da coleta dos vestígios para a preservação da idoneidade deles, recolhidos na cena crime até o seu descarte, bem como documentar as pessoas que manipularam tais vestígios.

Por esse motivo, é relevante trazer ao debate as consequências da ruptura da cadeia de custódia para a persecução penal, que, no Brasil, é dividido em duas fases distintas: a) a primeira fase, também chamada de pré-processual, é

administrativa na forma e na substância, mas judiciária quanto à sua finalidade, que é desenvolvida pela investigação criminal (*informatio delicti*), sendo realizada, em regra, por órgão da administração pública, em especial, a Polícia Judiciária; b) a outra fase, instrução criminal, corresponde propriamente à ação penal, que vai culminar com a imposição da pena ou medida de segurança ao culpado, ou com a absolvição do inocente (TUCCI, 2003, p. 166-167).

Por sua vez, Prado (2019, p. 70) defende que com a reforma do Código de Processo Penal em 2008, a persecução penal passou a contemplar três fases: investigação criminal, admissibilidade da acusação e instrução probatória, uma vez que com a redação do art. 394, §4.º do Código de Processo Penal, pelo princípio da reserva do código, em todos os procedimentos acusatórios de primeiro grau há a garantia do direito à resposta preliminar e ao contraditório sobre a admissibilidade da acusação: “E essa etapa se encerra com a admissão ou rejeição da denúncia ou ainda com a absolvição do acusado”.

Sobre o ponto, Janaina Matida (2020) explica que a Lei nº 13.964/2019 positivou vários conceitos das etapas da cadeia de custódia da prova no processo penal, entretanto não contemplou os efeitos da quebra de seus elos, bem como não estabeleceu em qual momento processual seria adequado para se aferir as eventuais irregularidades, em casos da não preservação dela.

Sendo assim, cabe à doutrina discutir sobre as consequências e o momento para verificar a admissão da prova no processo penal. Sob esse prisma, há divergência doutrinária quanto à exclusão da prova. Lopes Júnior e Rosa (2015) advogam que “sem dúvida deve ser a proibição de valoração probatória com a consequente exclusão física dela e de toda a derivada”. Nesse mesmo sentido, Geraldo Prado (2014a, p. 86) defende que “a constatação da quebra da cadeia de custódia das provas impõe a exclusão destas evidências dos procedimentos penais.” Esses autores sustentam que a violação da cadeia de custódia leva, necessariamente, à exclusão do elemento da prova, independentemente da má-fé

daquele que manuseou os vestígios. Nesta perspectiva, basta haver quebra de um dos elos da cadeia de custódia para serem inválidos os vestígios, como também os outros elementos de provas derivados da fonte contaminada. Eis a fonte da Suprema Corte Norte Americana, a teoria dos frutos da árvore envenenada ou da ilicitude derivada que dá sustentação para que as provas ilícitas produzidas (árvore) tenham o condão de contaminar todas outras provas dela decorrentes (frutos).

Foi com o advento da Lei nº 11690/2008, que essa teoria foi positivada no Código de Processo Penal no art. 157 §§1º e 2º. Entretanto, ao mesmo tempo, foi mitigada pelas seguintes teorias:

Limitação da fonte independente (*independent source limitation*), a limitação da descoberta inevitável (*inevitable discovery limitation*) e a limitação da 'contaminação expurgada' (*purged taint limitation*) ou, como também é denominada, limitação da conexão atenuada (*attenuated connection limitation*), às quais se pode ainda acrescentar a teoria da boa-fé, ou *good faith exception*. (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 623).

Nesta parte, cabe abrir um parêntese para a relativização das provas derivadas das ilícitas pelos princípios das fontes independentes e da inevitável descoberta. Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já estava mitigando a teoria da contaminação das provas ilícitas sobre as demais derivadas. Assim, é possível inferir que não há contaminação das provas derivadas das ilícitas quando não ficar evidente que há o nexo de causalidade entre elas ou a prova derivada foi obtida por uma fonte independente da prova ilícita.

De outra vertente, Alencar (2016, p. 476) sustenta que a "atipicidade probatória", caso exista, terá como "consequência, inadmissibilidade (exclusão ou desentranhamento), invalidação ou convalidação, variará consoante a intensidade do vício". É de se ver que as ilegalidades que decorrem da cadeia de custódia ficarão a cargo do magistrado, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, para decidir a relevância do eventual vício nos crimes em que deixam vestígios.

Com pensamento semelhante, Gustavo Badaró (2017, p. 535) defende que não é qualquer vício na cadeia de custódia da prova que leva à ilicitude ou à ilegitimidade da prova, o que seria inadmissível no processo. Para o autor, é no caso concreto que as omissões ou as irregularidades leves são verificadas quanto à modificação da fonte da prova, que podem levar à adulteração ou à substituição do resultado da prova. Diante disso, a solução se dará no momento da valoração da prova, haja vista que a cadeia de custódia da prova não é a prova em si, mas “uma prova sobre prova”.

Pode-se discernir que não é qualquer vício do elo da cadeia de custódia que dará ensejo à exclusão do vestígio, posto que a mera irregularidade burocrática não tem o condão de contaminar a evidência e falsear a verdade. Por outro lado, se houve a contaminação do vestígio a ponto de não se ter a certeza, o suporte probatório deverá ser excluído dos autos do processo, já que o ordenamento jurídico não tolera a prova ilícita, em homenagem aos direitos e garantias fundamentais.

Assim, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que acolheu a tese da quebra da cadeia de custódia da prova no *habeas corpus* 160.662/RJ, julgado pela Sexta Turma, em que decidiu pela necessidade da defesa ter acesso a todo o material probatório colhido em uma investigação criminal:

Apesar de ter sido franqueado o acesso aos autos, parte das provas obtidas a partir da interceptação telemática foi extraviada, ainda na Polícia, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, com omissão de alguns áudios. XI. A prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova. XII. Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório - constitucionalmente garantidos -, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2014).

Desse modo, o Superior tribunal de Justiça anulou as provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, e determinou, ao Juízo de Primeiro Grau, o

desentranhamento integral do material colhido na fase da investigação criminal, além das provas ilícitas por derivação, nos termos do art. 157, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal.

Por outro ângulo, essa decisão permite o controle epistêmico dos métodos ocultos, o qual possibilita identificar os métodos e os protocolos utilizados na colheita da prova para a preservação das fontes, a confiabilidade empírica e assegurar a fiabilidade. Além disso, a Corte assegurou o direito ao contraditório, a ampla defesa e a paridade de armas das partes contrapostas quanto ao direito à prova lícita na sua integralidade do material coletado na investigação.

6 A CADEIA DE CUSTÓDIA COMO UMA TECNOLOGIA PARA A MODERNIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

É poder-dever de o Estado promover a investigação criminal do imputado, que consiste na atuação dos órgãos estatais, com o objetivo de verificar a existência da infração penal e da culpabilidade, para aplicação das normas de Direito Penal ao caso em concreto. Por outro lado, em virtude do princípio da presunção de inocência, cabe ao Estado produzir as provas licitamente para dar suporte ao fato penalmente relevante, com a finalidade de legitimar a persecução penal e a eventual responsabilização do autor de um fato típico, antijurídico e culpável.

Daí que Malatesta (1960, p. 19), em seu estudo clássico sobre provas em matéria criminal, expõe que são as provas que possibilitam a responsabilização do imputado, mas, para isso, elas devem estar de acordo com a verdade: "Sendo a prova o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, sua eficácia será tanto maior quanto mais clara, mais plena e mais seguramente ela induzir no espírito a crença de estarmos de posse da verdade".

Centrando o ponto para a cadeia de custódia da prova na persecução penal, o que se almeja é assegurar a fiabilidade da evidência e colocá-la sob sua proteção

de interferências que não sejam capazes de falsear o resultado da atividade probatória, além de estabelecer protocolos e mecanismos de colheita, para que fiquem disponíveis às partes. Portanto, ela se enquadra no controle epistêmico da atividade probatória, ou seja, documentação da cronologia dos vestígios, sinais e materiais coletados, bem como o registro daqueles que foram os responsáveis pelo manuseio, com a finalidade de legitimar a persecução penal, diante da complexidade das provas ilícitas.

É de se ver que o julgamento da justiça criminal fundado em provas não é um trabalho isolado do juiz de direito, sob o princípio do livre convencimento, mas também de outros atores que compõem a persecução penal, tais como: o Promotor de Justiça, o Delegado de Polícia, o investigador de Polícia, a Polícia Militar, o escrivão de Polícia, o perito Oficial, o advogado de defesa, etc. Diante disso, a atividade probatória é resultado de vários agentes atuando na captação das provas, as quais são levadas ao bojo do processo, o que reclama o regramento legislativo com parâmetros bem delimitados, racionais e rigorosos para a validade da prova e a sua admissão e valoração pelo juiz, com a finalidade de um justo processo penal.

Diante da elevada criminalidade de corrupção contra o sistema financeiro, crimes tributários, fiscais, previdenciários, tráfico de drogas, entre outros, são cada vez mais utilizados, pela polícia e Ministério Público, como meios de provas as interceptações telefônicas, gravações ambientais, rastreios de celulares, IP, IMEI, GPS e outras tantas tecnologias para a obtenção dos meios de provas. Nessa dinâmica, são extremamente relevantes para a prevenção e a repressão desses delitos, os recursos tecnológicos para coletar os vestígios, o que levam à proteção de um monitoramento epistemológico, o qual deve ser controlado pelo juiz para a produção das provas técnicas (VALENTE, 2017).

Por outro lado, sustenta Geraldo Prado (2019, p. 95-96) que a expansão dos métodos ocultos de investigação criminal para a obtenção da prova, mesmo autorizados judicialmente e executados pela polícia, expõe um cenário de ampliação

da repressão penal que coloca em risco os direitos fundamentais de defesa, uma vez que os elementos probatórios colhidos na fase investigativa ficam restritos apenas à acusação. Neste contexto, tem-se a flagrante quebra da paridade de armas na persecução criminal para o exercício do contraditório e da ampla defesa em favor do imputado, já que é negado à defesa técnica o acesso ao acervo probatório e a maneira como ele foi colhido pelos órgãos de controle penal.

Por esse motivo, a positivação, pela Lei do Pacote Anticrime, da cadeia da custódia da prova no Código de Processo Penal tem como uma das finalidades a modernização das investigações criminais e das perícias técnicas, o que é de grande valia para uma persecução penal mais célere e justa. Neste cenário, essa modificação legislativa padroniza as etapas e estabelece os protocolos da colheita de vestígios, rastreamento, armazenamento e descarte das provas, o que traz uma metodologia tecnológica para o processo penal constitucional.

Diante disso, é importante ressaltar que os protocolos da cadeia de custódia da prova no processo penal já devem ser empregados, desde no achado no local do crime ou no recebimento do vestígio pelo agente público responsável. De fato, por exemplo, quando um policial civil ou militar vai à cena do crime para isolar o local do evento, até a chegada dos peritos, faz-se necessária a preservação do local de crime para não haver contaminação de elementos que possam falsear a verdade. Por essa razão, a finalidade da cadeia de custódia da prova é garantir a idoneidade dos objetos relacionados com crime e escolhidos pela perícia oficial, ou mesmo apreendidos pela autoridade policial, com o objetivo de evitar dúvidas acerca da origem e do percurso dos vestígios, além de identificar os agentes públicos que os manusearam. Portanto, os métodos empregados na cadeia de custódia da prova, no curso da persecução penal, buscam documentar e preservar a evidência para que não haja falseamento da verdade, o que se faz necessário para impor limites epistêmicos e controles à produção de provas.

Como se depreende, a cadeia de custódia na persecução penal é uma tecnologia assentada em métodos probatórios que estabelecem parâmetros lógicos para a admissão da prova ao processo e a sua posterior valoração. Desse modo, os limites da atividade probante no curso da persecução penal constituem uma das garantias dos direitos fundamentais do devido processo legal para a própria legitimação do sistema de justiça criminal. Como bem explica Antônio Magalhães Gomes Filho (1999, p. 251):

Esses limites probatórios podem ter fundamentos processuais (lógicos, epistemológicos) ou extraprocessuais (políticos). No primeiro caso, excluem-se provas impertinentes ou irrelevantes ou, ainda, exige-se que determinados fatos sejam provados de certa forma (exemplo, entre nós, do exame de corpo de delito). No segundo, que aqui nos interessa, impede-se a introdução ao processo de provas obtidas com violação de direitos fundamentais.

Deitadas tais balizas, pode-se dizer que a cadeia de custódia da prova é uma ferramenta epistêmica da persecução penal que estabelece regras adequadas à operacionalização da colheita dos vestígios, material probatório bruto constatado e recolhido no local do crime, para que não ocorra a sua contaminação, o que leva o falseamento da verdade. Dessa maneira, em um sistema processual acusatório é fundamental que a prova seja lícita para garantir o contraditório e a paridade de armas às partes. Além disso, proporciona a possibilidade de as partes terem acesso às fontes de provas, como elas foram obtidas, os métodos de colheita, bem como as pessoas que manusearam a evidência, desde o local do crime até sua admissão no processo.

Aliás, a persecução penal deve ter uma premissa científica para dar racionalidade e rigor, com a finalidade de embasar suas as decisões do juiz em provas. Em vista disso, é a qualidade e a quantidade da prova que leva ao juízo de certeza, dado que é a episteme, conhecimento verdadeiro e científico, que vai conduzir à fiabilidade, à coerência e à consistência da prova plena. Além disso, um rigoroso controle de armazenamento e das pessoas que tiveram contato e

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 8-42, jul./out. 2022

manusearam a prova, ao longo da persecução penal, com a finalidade de se garantir a autenticidade e integridade dos vestígios que foram recolhidos no local do crime pelos agentes públicos.

Levando em conta essas ilações, cabe trazer a noção do princípio da “mesmidade”, que a doutrina brasileira abraçou para se referir a “autenticidade da prova”, que deverá ser confrontado com o princípio da “desconfiança”. Neste cenário, Geraldo Prado (2014b, p. 16-17) explica que esses princípios são fundamentais para se evitar erros judiciais, já que gravitam em torno da cadeia de custódia da prova, em razão de ser uma garantia de que não houve a contaminação do vestígio que foi captado no local de crime.

Por essa razão, Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa (2015) sustentam que a cadeia de custódia da prova tem uma extrema relevância para a defesa, em razão de que garante o direito ao conhecimento da fonte da prova como um todo, e não apenas ao material selecionado pela acusação:

A manutenção da cadeia de custódia garante a “mesmidade”, evitando que alguém seja julgado não com base no “mesmo”, mas no “selecionado” pela acusação. A defesa tem o direito de ter conhecimento e acesso às fontes de prova e não ao material “que permita” a acusação (ou autoridade policial). Não se pode mais admitir o desequilíbrio inquisitório, com a seleção e uso arbitrário de elementos probatórios pela acusação ou agentes estatais.

Na realidade, o princípio da “mesmidade” é uma garantia de que o vestígio foi coletado na cena do crime não sofreu alteração, já que é a fonte da prova. Como bem explica Badaró (2017, p. 527) que a ausência da cadeia de custódia da prova é possível se questionar acerca da autenticidade e da integridade da fonte da prova, o que conduz aos vestígios colhidos no local dos fatos. Diante disso, o processualista sustenta que não pode haver “qualquer dúvida razoável de, uma possibilidade fundada de adulteração da prova, ou mesmo uma ausência de demonstração segura de sua autenticidade e integridade”.

Daí ser plausível concluir que a investigação criminal deve ter seus métodos científicos próprios de cada perícia, com suas técnicas de colheitas de vestígios em locais de crimes com a finalidade de produzir provas legais, livres de adulteração e extravios para resguardar as fontes de provas. Sendo assim, a positivação da cadeia de custódia da prova no processo penal representa um enorme ganho para a persecução penal, já que estabelece “controles epistêmicos” na produção probatória por métodos ocultos das perícias técnicas, como tutela de garantias processuais e o direito fundamental à produção da prova lícita.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após esse breve estudo acerca da cadeia de custódia da prova no processo penal, conclui-se que a atividade probatória deve estar de acordo com mandamento constitucional da vedação das provas ilícitas com uma garantia fundamental do imputado para o processo penal constitucional.

A positivação da cadeia de custódia da prova no ordenamento jurídico não representa apenas uma mera medida com a finalidade de estabelecer protocolos para a coleta dos vestígios nos locais de crimes. Na verdade, foi para estabelecer parâmetros racionais e eficazes para a garantia da fiabilidade da prova, a qual é regida pelo princípio da “mesmidade”, com o propósito de salvaguardar o contraditório, a paridade de armas entre as partes e o direito de defesa na produção da prova autêntica para a modernização da investigação criminal.

Cabe ainda destacar que há uma crítica doutrinária de que a Lei Anticrime não contemplou os efeitos de uma eventual quebra da cadeia de custódia. Neste aspecto, há autores que defendem a retirada total da prova, quando ocorrer a quebra da cadeia de custódia, com base no princípio da “desconfiança”. Por outro lado, existe uma segunda corrente doutrinária que sustenta que, a supressão da prova no curso da persecução penal, vai depender do grau do vício da prova.

Constatou-se que a colheita das provas acautelatórias irrepetíveis na fase pré-processual deve observar rigorosamente os protocolos da cadeia de custódia da prova. Além disso, em uma eventual contaminação das evidências, é possível, excepcionalmente, “trancar” o inquérito policial se essas forem as únicas provas que dão a justa causa para a ação penal, sob o fundamento da inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, salvo quando houver rompimento do nexo de causalidade entre umas e outras.

Por fim, sugere-se que a cadeia de custódia da prova na persecução penal seja uma tecnologia que os peritos criminais possam utilizar efetivamente para a

obtenção de elementos informativos e das provas técnica, com a finalidade de legitimar a persecução penal, à medida que estabelece “controles epistêmicos” na produção probatória por métodos ocultos. Dessa forma, em tese, tem-se a tutela de garantias formais processuais e o direito fundamental à produção da prova lícita para a legitimidade do processo penal em um Estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. São Paulo: Noeses, 2016.

BADARÓ, Gustavo Righi Ivahy. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (org). **Temas Atuais da Investigação Preliminar no Processo Penal**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017.

_____. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. Decreto Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. **Portaria SENASP n. 82, de 16 de julho de 2014**. Disponível em: <https://diariofiscal.com.br/ZpNbw3dk20XgIKXVGaL5NS8haIoH5PqbJKZaawfaDwCm/legislacaofederal/portaria/2014/senasp82.htm>. Acesso em: 09 jun. 2020.

_____. **Tribunal Federal Regional da Segunda Região**. HC. 95.02.17100-4- RJ. Primeira Turma. Desembargador Federal

Relator Chalu Barbosa. Julgado em: 22 nov. 1995. Disponível em: <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4718206/habeas-corpus-hc-rj-950217100-4?ref=ser> p. Acesso em: 10 ago. 2020.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Sexta Turma. HC 160.662/RJ. Ministra Relatora Assusete Magalhães. Julgado em: 18 fev. 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864482320/habeas-corpus-hc-160662-rj-2010-0015360-8/inteiro-teor-864482321?ref=juris-tabs>. Acesso em: 08 Ago. 2020.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. rev. atual e aum. São Paulo: Malheiros, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Conceito de norma jurídica com problema de essência**. 2. ed. aum. São Paulo: Saraiva. 1996.

EDINGER, Carlos. Cadeia de Custódia, rastreabilidade probatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 120, p. 237-257, mai./jun, 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação Defensiva à Imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, JÚNIOR. Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 393-410, 2010.

_____. Provas - Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). **As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Notas sobre a terminologia da prova: reflexões no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DSJ Editora, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Liberdades públicas e processo penal.** 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

LOPES JÚNIOR, Aury, **Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LOPES JÚNIOR, 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>. Acesso em: 11 jun. 2020.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal.** V.1 Tradução Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito processual penal.** Campinas: Bookseller, 1997, v.I.

MATIDA, Janaina. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de inocentes. **Boletim IBCCRIM**, ano 28, n. 331, Junho de 2020. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/441>. Acesso em: 01 jul. 2020.

OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A Defesa e a Investigação do Crime.** Coimbra: Almedina, 2004.

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

_____. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra de cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos.** São Paulo: Marcial Pons, 2014a.

_____. Ainda sobre a quebra da cadeia de custódia das provas. In: **Boletim IBCCrim**, n. 262, setembro de 2014b.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

TONINI, PAOLO. **A prova no processo penal italiano.** Trad. Alexandra Martins, Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VALENTE. Manoel Monteiro Guedes. **Cadeia de custódia da prova**. Coimbra: Almedina, 2019.

_____. Investigação preliminar, meios ocultos e novas tecnologias. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 473-482, mai./ago. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.82>. Acesso em: 20 jul. 2020.