
AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E A CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

Paulo Eduardo Elias Bernacchi¹
Anderson Rocha Rodrigues²

RESUMO: O artigo visa discutir as nulidades processuais em razão da quebra da cadeia de custódia da prova no processo penal, ante a violação do princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório em um estado democrático de direito. Em ausência de participação da defesa na cadeia de custódia da prova haverá implicações no comprometimento da garantia do processo penal acusatório? Assim, será abordada a participação da defesa na fase pré-processual e o instituto da prova no processo penal.

Palavras-chave: Prova; cadeia de custódia; direito de defesa.

ABSTRACT: The article aims to discuss procedural nullities due to the breach of the chain of custody of evidences in criminal proceedings, before the violation of the constitutional principle of ample defense and contradictory in a democratic state of law. In the absence of participation of the defense in the chain of custody of the proof will there be implications in compromising the guarantee of the accusatory criminal proceedings? Thus, it will be approached the participation of the defense in the pre-procedural phase and the institute of the evidence in the criminal process.

Keywords: Proof; Chain of Custody; right of defense.

INTRODUÇÃO

O Processo Penal é um instrumento de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico, sendo as provas o meio através dos quais se fará essa reconstrução (LOPES, 2014).

Na perspectiva do presente trabalho é importante recortar a explanação na produção da prova na fase pré-processual. Para isso, é necessário acolher o entendimento de que o inquérito policial (IP), mesmo tendo sua gênese legislativa com inspiração inquisitória, deve ter sua leitura alinhada aos princípios constitucionais, sobretudo pela opção do constituinte de adotar um sistema penal acusatório.

¹ Universidade Católica de Petrópolis

² Universidade Católica de Petrópolis

Revista do Curso de Direito



Aury Lopes Junior (JUNIOR, 2008, p. 61) discorre acerca do sistema inquisitório, explicando de forma didática que:

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte mero objeto da investigação.

Antes da reforma do Código de Processo Penal (CPP) realizada no ano de 2008, persistia no ordenamento jurídico o ranço do legislador em estabelecer o valor de cada meio de prova, sendo comumente chamado no sistema de avaliação de prova, o sistema da certeza legal ou sistema da prova tarifada, tendo como exemplos a confissão do acusado, que era tida como a “rainha das provas”, à prova testemunhal, que era chamada de “prostituta das provas”, dentre outras tariffações.

Hodiernamente no processo penal brasileiro, após as reformas adotadas pelos poder legislativo com grande apelo da doutrina, adota-se, como regra, no tocante à avaliação da prova, o sistema do livre convencimento motivado, também denominado sistema da livre convicção ou da persuasão racional³.

No sistema do livre convencimento motivado – introduzido através da reforma processual do ano de 2008 – passou a disciplinar que no sistema de avaliação de provas deixou de existir a hierarquia entre os meios de provas, ou seja, todos os meios de prova considerados em direito têm valor relativo, sem qualquer graduação ou hierarquia entre as provas produzidas e juntadas ao processo, o que se convencionou chamar de princípio da relatividade das provas.

No sistema hoje vigente, cabe ao juiz formar o seu convencimento através das provas produzidas em contraditório entre as partes, não podendo mais apreciá-las de forma livre⁴, não

³ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

⁴ Explica Vitor de Paula Ramos que no sistema brasileiro, assim como em diversos outros, pouco importa a origem da prova. Não importa para a valoração, para a corroboração de hipóteses fáticas, quem trouxe a prova ao processo. As provas são valoradas em um conjunto unitário. (RAMOS, Vitor de Paula. Ônus e deveres probatórios das partes no novo CPC brasileiro. Provas. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). **Provas**. Salvador: JusPodivm, 2016. 2. ed. rev. ampl. e atual; v. 3, pp. 263-282. (Coleção Novo CPC Doutrina selecionada)

Revista do Curso de Direito



tendo sequer a confissão do acusado, havida no passado como prova plena, maior prestígio que os demais meios de prova constantes dos autos. Para isso, destaca-se o valor relativo da confissão prevista no artigo 197 do Código de Processo Penal⁵ (CPP), que afirma sobre o confronto que o magistrado deve fazer com as demais provas do processo, para dar-lhe, ou negar-lhe credibilidade.

Aprioristicamente, isto é, em tese, a confissão do acusado vale tanto quanto qualquer outra prova produzida nos autos. Por sua vez, a prova testemunhal não vale menos do que a documental ou a pericial (ex: exame de corpo de delito), pois todas as provas têm valores relativos, inclusive aquelas obtidas com midiáticas delações premiadas.

Assim, se por um lado, o juiz é livre para valorar a prova produzida em contraditório e formar seu convencimento no momento de proferir a sentença, por outro, deve, obrigatoriamente, fundamentar ou motivar as suas decisões como imposto pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), que erigiu o princípio da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais⁶ a categoria de norma constitucional, sob pena de nulidade absoluta.

O magistrado, desse modo, deve fundamentar as suas decisões com base nas provas constantes dos autos do processo – aqui muitas das vezes colidas na fase pré-processual –, sendo em nenhum caso permitido ao juiz valer-se de elementos de convicção estranhos ao processo para formar o seu convencimento, pois, nos vale a máxima que diz “o que não está nos autos do processo, não se acha no mundo do juiz”.

Diante desse cenário, indaga-se: É possível que a ausência de participação da defesa na cadeia de custódia dos elementos de provas colhidas na fase pré-processual implique no comprometimento das garantias do devido processo legal, causando a sua nulidade? E ainda: Havendo vício nessa cadeia de custódia, é possível reconhecer a nulidade processual?

⁵ Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

⁶ Artigo 93, inciso IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Revista do Curso de Direito



A questão levantada deve ser respondida sob a premissa de que é necessário e fortalece o Estado Democrático de Direito a participação da defesa com amplo contraditório na fase pré-processual a fim de garantir o devido processo penal.

O pensamento em sentido contrário é uma forma de vulnerar a CRFB/88, designadamente, os artigos 1º, inciso III, 5º, inciso LV, além dos princípios insertos na legislação processual que, em nome da radical desigualdade material de partida entre a acusação e a defesa, assegura aos acusados em geral todos os direitos e instrumentos necessários e adequados à salvaguarda da sua posição, em especial, o direito a defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, e o princípio do contraditório.

Tais garantias de contraditório e paridade de armas e, no geral, o direito a ampla defesa, todos de estatura constitucional, devem constituir um padrão de controle da interpretação judicial também na fase pré-processual, que, como aludido acima, também enseja participação ativa da defesa.

Assim, diante dos indícios de prova colhida em sede de inquérito policial, a exemplo da prova pericial, documental e oitivas de testemunhas, conjugado com os princípios constitucionais do acusado, é prudente que haja intimação do investigado para participação na produção das provas com a indicação de advogado, nomeação de assistente técnico, dentre outras formas de defesa, sendo seu impedimento de participação flagrante violação ao seu exercício do direito ao contraditório, traduzindo numa desigualdade gritante de armas entre a acusação e a defesa.

A interpretação normativa deve respeitar ainda o direito ao devido processo legal, entendido não só como um processo justo na sua conformação legislativa, mas, também, como um conjunto de garantias mínimas que devem ser observadas.

O devido processo legal na fase pré-processual deve ser entendido também em suas dimensões formal e material, sendo a dimensão formal⁷ o conjunto de garantias processuais do

⁷ Nas palavras de Eduardo Cambi e Gustavo Salomão Cambi, “Trata-se de um princípio democrático que pretende possibilitar que os cidadãos participem das decisões, com a finalidade de se legitimar socialmente o exercício do poder estatal” CAMBI, Eduardo. *Disciplina e o princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988*. Revista de Processo, ano 31, número 131, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. CAMBI, Gustavo Salomão, op cit.

Revista do Curso de Direito



cidadão, como o contraditório, proibição de prova ilícita, juiz natural, duração razoável do processo e, também o acompanhamento da prova.

Já a dimensão material (LUCON, 2006) decorrente do devido processo legal é explicada como:

O núcleo central da integração do binômio direito e processo e procura dar o máximo de eficácia às normas constitucionais para a efetivação do controle dos atos de poder e da igualdade substancial das partes no processo.

No mesmo sentido, PRADO (2014) expõe que:

Em um processo acusatório, este controle vertical dos elementos probatórios, que incide sobre as informações aportadas pelas partes, torna-se indispensável não apenas para assegurar a eficácia do contraditório como também para garantir que o processo, como entidade epistêmica, esteja eticamente fundamentado.

Assim, aliando as dimensões formais e materiais conclui-se que não basta que a decisão respeite somente o devido processo legal em sua dimensão formal, mas, também, seja alinhada à dimensão material, ou seja, não encerra, do ponto de vista acadêmico, que o inquérito seja encarado como uma peça meramente informativa, como outrora se convencionou.

Nesta fase pré-processual, não se pode ignorar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sob pena de violação do devido processo legal na sua dimensão material, ou seja, deve-se possibilitar a participação do acusado, para que na fase do inquérito as dúvidas levantadas pela culpabilidade do indiciado possam ser sanadas.

1 A PERÍCIA NO PROCESSO PENAL

Na ideia da doutrina, perícia é o exame de algo ou alguém realizado por técnicos ou especialistas em determinados assuntos, podendo fazer afirmações ou extrair conclusões pertinentes ao processo penal (NUCCI, 2006, p. 367).

No mesmo sentido (CAPEZ, 2008) define:

O termo perícia, originário do latim "peritia" (habilidade especial), é um meio de prova que consiste em um exame elaborado por pessoa, em regra profissional, dotada de formação e conhecimentos técnicos específicos acerca de fatos necessários ao deslinde da causa. Trata-se de um juízo de valoração científica, artística, contábil, avaliatório ou técnico, exercido por especialista, com o propósito de prestar auxílio ao magistrado em questões fora de sua área de conhecimento profissional.

Em artigo científico específico sobre as provas no processo penal, a perícia foi definida como (CARDOSO, 2016):

É o exame realizado por profissional com conhecimentos técnicos, a fim de auxiliar o julgador na formação de sua convicção. O laudo pericial é o documento elaborado pelos peritos, resultante do que foi examinado na perícia. Ela pode ser realizada na fase de inquérito policial ou do processo, a qualquer dia e horário, observando os peritos o prazo de dez dias para a elaboração do laudo, prorrogável em casos excepcionais.

Assim, nos conceitos de perícia explicitados pela doutrina, é possível perceber o sentido de que a perícia criminal é uma atividade técnico-científica, prevista no CPP, e se mostra necessária sua realização sempre que o crime deixar vestígios.

As evidências coletadas ao passar pelo exame pericial serão interpretadas à luz da ciência forense ou criminalística, que, por sua vez, se socorrem dos conhecimentos de outras áreas do saber, a exemplo da física, da medicina, da toxicologia, da odontologia, da documentoscopia, da biologia, da geologia, da engenharia, da química, entre outras, o que revela a grande complexidade da matéria.

É importante que se destaque que o perito não é responsável por fazer qualquer acusação, suspeitas ou realizar seu ofício tomando partido a favor da acusação ou da defesa,

pois cabe a esse profissional somente examinar as evidências com o fim de fazer a prova técnica que servirá tanto à defesa quanto à acusação, ou seja, ao processo judicial.

A questão polêmica que se discute atualmente é a vinculação dos peritos à polícia judiciária, sob o fundamento de que tal vinculação poderia ferir a imparcialidade do profissional, pois a independência traria melhor desempenho às funções, prestando assim um melhor serviço à sociedade.

Essa questão já é objeto de discussão no Poder Legislativo, pois, já existem na Câmara dos Deputados dois projetos de emenda constitucional – PEC 325/2009 e PEC 499/10 – que fazem acrescentar uma seção ao Capítulo IV da CRFB/88, para dispor sobre a perícia oficial de natureza criminal, alterando, para tanto, o inciso IV, e acrescentar o parágrafo 10 ao art. 144 da CRFB/88 com o escopo de incluir a perícia oficial criminal como um órgão da Segurança Pública. Todavia, esse não é o objeto do presente ensaio.

2 O EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL

Em item precedente, ficou consignado o conceito de prova no processo penal e a importância da participação da defesa na fase pré-processual, bem como a necessidade de perícia nos crimes que deixaram vestígios. O foco, portanto, deve-se ater à produção desta prova na fase preliminar, com os olhos voltados a um processo justo e democrático, fazendo do inquérito policial uma obediência à opção legislativa do sistema penal acusatório no direito brasileiro.

No sistema acusatório, o processo penal inicia-se pelo exercício da ação penal pública ou privada através da denúncia ou da queixa, respectivamente. O titular da ação penal pública é o Ministério Público, que precisa ter conhecimento dos fatos para, na denúncia, fazer a correta imputação penal. Já a ação penal privada surge com a queixa crime apresentada diretamente pelo ofendido.

Neste sentido, entende-se que para a instauração do processo penal, a acusação deve ser lastreada em prova mínima, ou seja, é necessária a existência de um mínimo de conteúdo

Revista do Curso de Direito



probatório para formalizar uma acusação⁸. Assim, o inquérito policial assume papel preponderante neste mister, que é o de dar lastro probatório apontando os indícios de materialidade do crime, bem como a indicação da autoria, necessários à futura acusação penal de natureza pública.

Não obstante ser o inquérito policial um procedimento administrativo realizado pelo poder executivo por meio de sua Polícia Civil no âmbito estadual e pela Polícia Federal no âmbito federal, fato é que nesta fase de procedimento existe produção de provas que ao investigado não é franqueada a sua participação⁹. Uma visão democrática do direito processual, como aludido acima, se dá no sentido de que uma das funções do IP é colher provas de forma imparcial, ou seja, devem servir tanto à acusação quanto à defesa.

O inquérito policial deve servir como um filtro para que ações ineptas não sejam propostas, colaborando para que no judiciário sejam analisados os casos que realmente possuam indícios mínimos de autoria e materialidade, além de não envolver cidadãos que ao final comprovarão sua inocência ou não serão absolvidos por falta de provas.

No Brasil, o caderno do inquérito policial – sem a participação da defesa – com todos os elementos colhidos nessa fase investigativa é inserido nos autos do processo judicial, isto é, as informações que foram colhidas naquela fase administrativa estão nos autos do processo judicial e serão fartamente consultados pelo magistrado no momento de proferir sua sentença.

Fator relevante é o acesso a todo o lastro probatório, desde sua concepção, que o órgão acusador possui, pois o MP pode requisitar diligências a qualquer momento da investigação, o que não é permitido à defesa.

Ademais, a grande maioria dos investigados em sede de inquérito policial sequer possui defesa técnica, pois serão assistidos somente na fase processual pela defensoria pública, que não possui estrutura para acompanhar todos os assistidos na fase pré-processual.

A legislação processual vigente desde 1941 e a doutrina mais tradicional do direito processual penal apontam algumas características que fazem distinguir o inquérito policial do

⁸ “A nosso ver, a questão de se exigir lastro mínimo de prova pode ser apreciada também sob a perspectiva do direito a ampla defesa.” (Eugênio Pacelli, Curso de Processo Penal, 18ª ed. rev. ampl., 2013, São Paulo, Atlas).

⁹ Muito embora tenha sido sancionada a Lei 13.245/16, que garante o exercício da ampla defesa no curso do inquérito policial, publicada no dia 13 de janeiro de 2016.

Revista do Curso de Direito



processo judicial. Uma das distinções é no dogma de que o inquérito policial é um procedimento inquisitivo ou inquisitório, o que, por certo, retrataria a impossibilidade do exercício da ampla defesa e do contraditório do investigado¹⁰.

Por outro lado, (SAAD, 2006) existe entendimento na doutrina contemporânea no sentido de que, como no inquérito policial, existem inúmeros atos instrutórios de caráter definitivo, irrepetíveis e restritivos de direitos constitucionalmente assegurados, a exemplo da prisão preventiva, da prisão temporária, da busca pessoal e domiciliar, da quebra de sigilo fiscal e bancário, do arresto, do sequestro, dentre outras medidas processuais, é imprescindível a participação da defesa. Partindo desta visão, a doutrina processualista passou a entender e admitir o exercício do direito de defesa na fase pré-processual como corolário da ampla defesa.

Não se pode ignorar que na prática processual existem manifestações de garantias dos investigados no inquérito policial, tais como o direito ao silêncio, a utilização do *habeas corpus*, o pedido de relaxamento de prisão, muito embora o entendimento da doutrina tradicional ainda se mantenha firme no dogma de que o inquérito é peça meramente informativa como firmado na jurisprudência¹¹.

A evolução e concretização das normas constitucionais fez emergir no campo legislativo a garantia do acusado nesta fase administrativa.

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) passou a garantir aos advogados o direito de se entrevistar com o cliente preso de forma reservada, acesso aos autos do inquérito policial, ainda que uma de suas características seja ser sigiloso¹², além de assistir a clientes investigados durante a apuração de infrações. No mesmo sentido existe a lei complementar

¹⁰ José Frederico Marques define investigação criminal como atividade estatal de persecução criminal destinada a preparar a ação penal, que apresenta caráter preparatório e informativo, pois, o seu objetivo é levar ao órgão encarregado da ação penal os elementos necessários para a dedução da pretensão punitiva em Juízo.

¹¹ Contudo, de acordo com a lei 13.245/16, deverá haver uma releitura das causas de nulidade absoluta na fase do inquérito policial, principalmente, nos vícios sanáveis, pois, de acordo com a lei é direito do advogado “assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração”.

¹² Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade

Revista do Curso de Direito



80/1994¹³, que trata da Lei orgânica da defensoria pública que autoriza o defensor geral solicitar diligências.

A jurisprudência dos tribunais superiores interpretando o texto legal com os olhos bem fitados na Constituição Federal extraiu do princípio da ampla defesa os fins colimados pelo constituinte originário e, de forma a dar maior amplitude aos direitos do acusado, vem avançando de forma gradual no resguardo do direito. A exemplo, pode-se extrair a edição da súmula vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal¹⁴; a concessão de prazo em dobro para resposta de denúncia do Ministério Público¹⁵; e o direito de permanecer em silêncio e de ser assistido por advogado durante acareação em comissão parlamentar de inquérito¹⁶.

Mesmo diante dos avanços legislativos e jurisprudências acima referenciadas, ainda assim, a norma expressa no inciso LV¹⁷ do artigo 5º da CRFB/88 não atingiu seu apogeu da máxima efetividade. Em outras palavras (CANOTILHO, 2003):

À norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada a tese da actualidade das normas programáticas (thoma), é hoje, sobretudo, invocado no âmbito dos direitos fundamentais.¹⁸

Assim para efetivação do direito de defesa do investigado é preciso maior atenção dos órgãos públicos e dar passos mais significativos em assegurar essa garantia. É preciso a concretização das normas constitucionais e, também, aplicar internamente a Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário.

Nos termos do artigo 8º, números 1 e 2, alínea ‘c’, da convenção, leia-se que:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente independente e imparcial [...] Toda pessoa

¹³ Art. 8º São atribuições do Defensor Público-Geral, dentre outras: X - requisitar de autoridade pública e de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições

¹⁴ “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

¹⁵ Inquérito n. 4.112 do STF

¹⁶ HC 129.929 do STF

¹⁷ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, 7. ed. Coimbra: Almedina.

Revista do Curso de Direito



acusada terá direito a concessão do tempo e dos meios necessários a preparação de sua defesa.

Logo, alinhando os ditames constitucionais e a disposição da convenção internacional, se reafirma a necessidade de se promover a igualdade entre acusação e defesa desde o início da persecução penal, a fim de que se faça a justiça, dando a cada um o que é seu.

Como corolário do até aqui aduzido, é necessário demonstrar a importância do estudo das características da prova coletada, ainda na fase de inquérito, para que, numa análise minuciosa, se possam extrair conclusões acerca de sua validade ou posterior invalidação.

A prova, seja no inquérito ou no bojo da demanda, merece profunda atenção, visto que deverá atender aos princípios do devido processo legal com a observância do procedimento específico, e do contraditório, propiciando-se a ambas as partes os mesmos direitos no tocante à produção de provas, ou seja, a paridade de armas entre acusação e defesa.

Com isso, conclui-se que os elementos colhidos devem ser interpretados atentando-se à forma processual, estabelecendo critérios de validade e influência no julgamento, sem que qualquer ato do Poder Público seja capaz de influenciar na prova, o que deságua na importância da cadeia de custódia.

3 A CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS E SUA IMPORTÂNCIA NO PROCESSO PENAL

A cadeia de custódia tem o seu início na preservação do ambiente do crime, passando pela coleta das evidências e percorrendo as demais fases, desde o momento do acontecimento do fato que deixou vestígios até a apresentação em juízo das provas produzidas com base nesses vestígios.

A principal função da cadeia de custódia é garantir a integridade da prova material, seja para preservação das suas características e a sua rastreabilidade, além da garantia de que os objetos apreendidos e examinados pela perícia sejam exatamente os materiais coletados no local do crime, e que o manuseio tenha sido realizado pelos profissionais habilitados.

Revista do Curso de Direito



O risco da inobservância da integridade do material coletado poderá desaguar num laudo inconclusivo, causando, de certa forma, insegurança processual, seja para condenar ou para absolver, pois, o material se viciou pela quebra da cadeia de custódia.

Em doutrina especializada, (Arias, 2015) cadeia de custódia é o procedimento encarregado de preservar as evidências para que cheguem à audiência de julgamento com toda a validade possível.

Já Watson (2009) define cadeia de custódia como o processo pelo qual as provas estão sempre sob o cuidado de um indivíduo conhecido e acompanhado de um documento assinado pelo seu responsável, naquele momento.

A importância do tema não foge das normas e orientações do serviço de laboratório do *Federal Bureau Investigation* (FBI) que define cadeia de custódia como “procedures and documents that account for the integrity of an item of evidence by tracking its handling and storage from its point of collection to its final disposition”.¹⁹

A legislação processual brasileira estabelece no artigo 6º, inciso I do CPP, que a autoridade Policial deverá dirigir-se ao local do fato, providenciando para que não se alterem o estado e a conservação das coisas até a chegada dos peritos criminais. Assim, ao zelar pelo local do crime e preservação dos vestígios, estar-se-ia diante de uma das fases da cadeia de custódia.

No mesmo sentido é a disposição do artigo 170 do CPP que disciplina:

Nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a eventualidade de nova perícia. Sempre que conveniente, os laudos serão ilustrados com provas fotográficas, ou microfotográficas, desenhos ou esquemas.

O fato de a lei processual exigir a guarda do material analisado garante a observância do princípio do devido processo legal.

Neste sentido, a Lei 11.690/08, que alterou dispositivos do CPP, trouxe a figura do assistente técnico como fiscalizador indicado pelo investigado, tendo como missão acompanhar

¹⁹ Tradução livre “Procedimentos e documentos que representam a integridade de um elemento de prova, acompanhando a sua manipulação e armazenamento a partir do seu ponto de recolha até sua disposição final”. Encontrada em *Forensic science communications* em abril de 2006, volume 8, número 2, disponível em: <https://www.fbi.gov/about-us/lab/forensic-science-> consultado em 22/11/2015.

Revista do Curso de Direito



a perícia oficial, levantar quesitos, comentar o laudo do perito nomeado, demonstrar suposições existentes, desde que técnica e juridicamente prováveis.

No âmbito da ampla defesa, cabe ainda ao assistente técnico a possibilidade de elaborar laudo contrário daquele produzido pelo perito oficial, podendo, inclusive, apontar violações da quebra da cadeia de custódia das provas, o que, acarretará em um laudo oficial questionável.

Assim, interagindo a cadeia de custódia com a legislação processual vigente, deve ser mencionado o entendimento das peritas Luciara Julina Matos do Nascimento e Márcia Valéria Fernandes Diederich Lima dos Santos:

Pela própria definição técnica de “cadeia de custódia” percebe-se duas ações específicas essenciais: manter e documentar. Na verdade, não são ações isoladas e sim integradas, ou seja: para cada uma das etapas da cadeia de custódia, que visam a manutenção da integridade e idoneidade do vestígio (CAMPOS, 2002), haverá de se proceder a respectiva documentação, onde devem estar contidos os nomes ou iniciais dos indivíduos que coletam e tramitam os vestígios, cada pessoa ou entidade que o tenha custodiado subsequentemente, a data, onde os itens foram coletados ou transferidos, o nome do órgão e da autoridade requisitante, o número da ocorrência, inquérito ou processo (se nesta fase existirem), o nome da vítima ou do suspeito e uma breve descrição do item (BONACORSO, 2005).²⁰

A cadeia de custódia não se restringe a um argumento teórico novo com a qual a doutrina vem se debruçando. A cadeia de custódia teve repercussão em um famoso caso norte-americano que se evidenciou a importância do trato que se deve dar à prova, desde a sua origem até o longo caminho que seguirá ao tribunal.

A situação narrada decorreu de os vizinhos de uma luxuosa casa, em 12 de junho de 1994, no subúrbio de Brentwood em Los Angeles, serem alertados pelo cão da raça Akita, já sujo de sangue, do que seria um dos mais famosos crimes midiático conhecido no mundo inteiro.²¹ De acordo com o narrado, o local do crime parecia cena de filme de terror: na entrada da casa estavam os corpos ensanguentados de Nicole Brown, ex-mulher de Orenthal James Simpson, um famoso milionário e querido jogador de futebol americano, e do amigo dela, Ron

²⁰ Luciara Julina Matos do Nascimento e Márcia Valéria Fernandes Diederich Lima dos Santos. Artigo publicado na Revista Científica do Departamento de Polícia Técnica da secretaria de Segurança do Estado da Bahia. Ano 2, n. 006, dezembro de 2005.

²¹ PLATT, Richard. *Crime scene: the ultimate guide to forensic*. 1th ed. New York: Dorling & Kindersley, 2003.

Revista do Curso de Direito



Goldman. Pelas circunstâncias do local, tudo indicava que a arma utilizada fora um instrumento perfuro cortante, ou seja, uma faca.

A cena do crime foi descrita com a presença de cinco gotas de sangue a indicar que uma pessoa que calçava sapato masculino de número 12 (45 aqui no Brasil) caminhou até os fundos da residência e saiu pelo portão que também estava sujo de sangue. Chamado o jogador para depor, a polícia constatou que a numeração do sapato coincidia com o de O. J. Simpson, e que o mesmo estava com um curativo no dedo para encobrir um corte profundo. Além disso, foi constatado pela perícia que havia sangue no carro do atleta, em uma meia e em uma luva encontrada na parte externa de sua residência.

Após a coleta de todo o material foi realizado o exame de DNA, que apontou o seguinte resultado: (i) Os cinco pingos de sangue encontrados na residência eram do O. J. Simpson; (ii) O sangue analisado no automóvel continha perfil genético de Simpson e das outras duas vítimas; (iii) a luva encontrada na parte externa da casa do jogador mostrou perfil genético de Nicole e de Ron; e (iv) a meia encontrada no quarto do atleta apresentou o perfil genético de Nicole.

Diante de todo esse conjunto probatório, O. J. Simpson fugiu e, antes de cometer suicídio, foi capturado pela polícia em uma perseguição e, após longa negociação, o jogador acabou se entregando.

Após processado, O. J. Simpson foi absolvido do crime em 3 de outubro de 1995!²²

E o que a narrativa do caso nos trás de importante é a absolvição do acusado com todas as provas produzidas desfavoráveis. A questão é que a absolvição se deu pela brilhante defesa do acusado que, além de mostrar as falhas na colheita das evidências, mostrou que houve uma contaminação das amostras o que revelou uma investigação policial mal feita, comprometendo a prova técnica, que não observou a correta cadeia de custódia da prova, sugerindo, inclusive, que a prova foi plantada para incriminar o jogador.

Assim, resta claro que em não havendo a conservação adequada na preservação integral das provas colhidas na fase de investigação, é certo que impossibilitará de garantir a parte

²² SAFERSTAIN, Richard. *Criminalistics: na introduction to forensic Science* 9th ed. New Jersey: Prentice Hall, 2007, p. 380.

acusada, em momento posterior, a possibilidade de aferição de existência ou não da regularidade da prova e, inevitavelmente, acarretará a nulidade processual.

No ensinamento de Alberi Espindula a finalidade da cadeia de custódia é:²³

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. Importante esclarecer que a cadeia de custódia não está restrita só ao âmbito da perícia criminal, mas envolve desde a delegacia policial, quando aprender algum objeto e já deve observar com rigor tais procedimentos da cadeia de custódia. Podemos voltar mais ainda: qualquer policial, seja ele civil ou militar, que for receptor de algum objeto material que possa estar relacionado a alguma ocorrência, deve também – já no seu recebimento ou achado – proceder com os cuidados da aplicação da cadeia de custódia. E essas preocupações vão além da polícia e da perícia, estendendo-se aos momentos de trâmites desses objetos da fase do processo criminal, tanto no ministério público quanto na própria justiça. Os procedimentos da cadeia de custódia devem continuar até o processo ter transitado em julgado. Muitas situações já são conhecidas sobre fatos dessa natureza, nas quais é levantada a suspeição sobre as condições de determinado objeto ou sobre a própria certeza de ser aquele o material que de fato foi apreendido ou periciado. Assim, o valor probatório de uma evidência ou documento será válido se não tiver sua origem e tramitação questionada. Qualquer questionamento acarretará prejuízo para processo como um todo.

Por sua vez, Geraldo Prado ensina que a cadeia de custódia é necessária para estabelecer a suficiência legal da prova, ensinando que:

A constatação em um processo concreto de que houve supressão de elementos informativos colhidos nestas circunstâncias fundamenta a suspeição sobre a infidelidade de registros remanescentes e realça a ineficácia probatória resultante da quebra da cadeia de custódia.

Dito isso, observa-se que o sucesso ou o fracasso de uma condenação criminal está diretamente ligado à importância da coleta realizada na cena do delito, assim como se deu no exemplo do julgamento de O. J. Simpson, acima narrado, em que a defesa questionou o modo de coleta e manuseio da prova indiciária.

No direito Brasileiro encontramos algumas manifestações. A propósito, a tese prevaleceu nos arestos do Superior Tribunal de Justiça nos RESP n.º 1435421-RS, no ACR n.º 5008191-88.2010.404.7100 do TRF da 4ª Região.

²³ ESPINDULA, Alberi. Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia. 3. ed. Campinas: Millenium, 2009, p. 165.

Revista do Curso de Direito



O Superior Tribunal de Justiça, no *Habeas Corpus* (HC) n. 160.662/RJ, reconheceu, ainda que não expressamente no voto, a ilicitude da prova por derivação em virtude da ausência de manutenção dos elementos da cadeia de custódia.

A propósito, importante consignar parte do aresto mencionado:

X. 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 de 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.

XIII. É certo que todo o material obtido por meio da interceptação telefônica deve ser dirigido à autoridade judiciária, a qual, juntamente com a acusação e a defesa, deve selecionar tudo o que interesse à prova, descartando-se, mediante o procedimento previsto no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, o que se mostrar impertinente ao objeto da interceptação, pelo que constitui constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações autorizadas, realizada pela Polícia Judiciária, tal como ocorreu, subtraindo-se, do Juízo e das partes, o exame da pertinência das provas colhidas. Precedente do STF.

XIV. Decorre da garantia da ampla defesa o direito do acusado à disponibilização da integralidade de mídia, contendo o inteiro teor dos áudios e diálogos interceptados.

A importância da cadeia de custódia é reconhecida por diversos países como elemento do devido processo legal. Consigne-se o entendimento proferido no acórdão da Terceira Seção do Supremo Tribunal da Costa Rica:

[...] A importância para o bom funcionamento do sistema de justiça criminal que promotores e juízes públicos, mas especialmente policiais atender o recolhimento mínimo requisitos de segurança ou extração, preservação, manipulação ou transferência, entrega, embalagem e guarda de objetos apreendidos e amostras ou provas levantadas na cena, de modo a assegurar, com plena certeza que as amostras e objetos posteriormente analisadas e expostas depois como evidência em diferentes fases do processo são as mesmas que as coletadas na cena (Acórdãos recolhidas por José Luis Muñoz Leiva, em sua obra citados: módulo de ensino "princípios legais relacionadas com a investigação e Cadeia custódia." (Tegucigalpa-San Pedro Sula de 5 a 16 de maio de 2008. versão Digital. p. 128)²⁴

²⁴ La Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Costa Rica, (1992) refiere lo siguiente: [...] la importancia que reviste para el correcto funcionamiento del sistema penal el que los representantes del Ministerio Público y los jueces, pero sobre todo los oficiales de la policía cumplan con los requisitos mínimos de seguridad

Diante disso, constata-se de modo irreversível a importância da preservação dos elementos de provas no processo criminal. A cadeia de custódia, portanto, atende ao clamor da sociedade na exigência de ações integradas dos órgãos de segurança, traduzindo uma eficiência do Estado na prestação do serviço de segurança pública, tendo como necessidade imediata investimento tecnológico com o fim de buscar efetivamente a implantação da cadeia de custódia nos elementos colhidos na fase de investigação, sendo, inclusive, franqueado à defesa seu acompanhamento para evitar nulidades processuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se permite concluir é que a participação da defesa na fase pré-processual é de suma importância, a fim de garantir um procedimento administrativo justo e democrático, possibilitando às partes participarem na produção das provas com paridade de armas na persecução penal, dando efetividade às normas constitucionais.

Adiciona-se a isso que a prova, na fase investigativa, seja ela pericial, documental ou testemunhal, é de suma importância para o direito processual penal, pois é com base nela que o Juiz decidirá a demanda, respeitando o contraditório e fundamentando sua decisão enfrentando todos os pontos levantados nas teses defensivas e acusatórias, sob pena de nulidade da sentença.

Não obstante isso, para que a prova possa ser considerada idônea do ponto de vista legal, é necessária a observância de procedimentos para manutenção de sua veracidade processual. Um ponto nodal para a existência da veracidade da prova é a observância integral da cadeia de custódia como corolário do princípio da transparência/publicidade dos atos administrativos e judiciais.

en la recolección o extracción, preservación, manipulación o traslado, entrega, custodia y empaque de los objetos decomisados y muestras u otros elementos de convicción levantados en el lugar de los hechos, de tal manera que se garantice, con plena certeza, que las muestras y objetos analizados posteriormente y expuestos tiempo después como elementos de prueba en las diferentes etapas del proceso, son los mismos que se recogieron en el lugar de los hechos (Sentencia recogida por José Luis Leiva Muñoz, en su obra citada: Módulo Instruccional "Principios Jurídicos Relacionados Con La Investigación Y La Cadena De Custodia". (Tegucigalpa-San Pedro Sula Del 5 al 16 de mayo de 2008. Versión digital. p. 128)

Revista do Curso de Direito



A cadeia de custódia, portanto, serve para garantir essa integridade da prova, independentemente de inexistir hierarquia e também possibilitar o rastreamento de sua utilização e armazenamento, uma vez que manuseada de forma ilegal ou ilegítima, a nulidade processual é inequívoca.

Assim, a despeito de inexistir legislação própria para a cadeia de custódia no Brasil, fato é que o Código de Processo Penal e normas esparsas já dão conta de sua importância em matéria processual, inclusive, do ponto de vista das garantias processuais.

Por fim, entende-se que, com a quebra da cadeia de custódia das provas colhidas em fase pré-processual, incluindo a ausência de participação da defesa neste momento, será colocada em dúvida sua veracidade e legalidade e, como o nosso ordenamento adota o princípio do *in dubio pro reo*, a ilicitude da prova deverá ser acompanhada de seu desentranhamento dos autos não podendo ser considerada no momento da sentença.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIAS, Emma Calderon. **Un estudio comparado en Latinoamérica sobre la cadena de custodia de las evidencias en el proceso penal.** Disponível em < http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-38862014000200002&lng=en&tlng=en > consulta realizada em 22/11/2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 28/03/2018.

CAMBI, Eduardo; CAMBI, Gustavo Salomão. **Disciplina e o princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988.** Revista de Processo, São Paulo, ano 31, número 131, pp. 56-71, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 124.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 15. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 316.

CARDOSO, Flávio. **Provas no Processo Penal.** Disponível em < www.stf.jus.br > acesso em 22/05/2016

ESPINDULA, Alberi. **Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia.** 3. ed. Campinas: Millenium, 2009. p. 165.

Revista do Curso de Direito



LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 61.

JUNIOR, Aury Lopes, **Direito Processual Penal**. 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 2014.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Devido processo legal substancial**. Leituras Complementares de Processo Civil. Salvador, 2006.

MARQUES José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997, vol. 1.

NASCIMENTO Luciara Julina Matos do e DOS SANTOS Márcia Valéria Fernandes Diederiche Lima. **Revista Científica do Departamento de Polícia Técnica da Secretaria de Segurança do Estado da Bahia**. Ano 2, n. 006, 2005.

NUCCI, G. S. **Código de processo penal comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 1214 p.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PLATT, Richard. **Crime scene: the ultimate guide to forensic**. 1th ed. New York: Dorling & Kindersley, 2003.

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

RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus e deveres probatórios das partes no novo CPC brasileiro**. Provas. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). **Provas**. Salvador: JusPodivm, 2016. 2. ed. rev. ampl. e atual. v. 3, pp. 263-282. (Coleção Novo CPC Doutrina selecionada)

SAAD, Marta. Exercício do Direito de Defesa no inquérito policial. **Boletim IBCCRIM**. Ano 14, n.166, 2006.

SAFERSTAIN, Richard. **Criminalistics: an introduction to forensic Science**. 9th ed. New Jersey: Prentice Hall, 2007, p. 380.

WATSON, James D., *et al.* **DNA Recombinante: genes e genomas**. Artmed Editora. 3. ed. 2009.

RECEBIDO: 10/05/2018.

ACEITO: 20/06/2018.