

Larissa Reis de Souza

Advogada, Graduada em Direito pela
FADIVALE – Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce, (2022)

Jefferson Calili Ribeiro

Advogado, Mestre em Gestão Integrada do Território (2016),
Pós Graduado em Ciências Criminais e
Professor de Prática Processual Penal pela
FADIVALE – Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce

RESUMO

O tema do presente trabalho versa sobre a cadeia de custódia da prova, limitando-se à contribuição da cadeia de custódia na redução de condenações injustas. Desse modo, a problemática que orienta a pesquisa é a seguinte: até que ponto a cadeia de custódia da prova contribui para a redução no risco de condenação de inocentes? O objetivo geral do trabalho é refletir até que ponto a cadeia de custódia da prova contribui para a redução no risco de condenação de inocentes. Especificamente demonstrar a relevância da cadeia de custódia para o processo penal; discutir a consequente quebra da cadeia de custódia como geradora de ilicitude ou ilegitimidade da prova; discorrer acerca dos princípios constitucionais que regem todas as fases do procedimento; e analisar a contribuição da cadeia de custódia para redução da condenação de inocentes. Utilizou-se de fonte indireta, valendo-se da pesquisa bibliográfica. O trabalho tem como finalidade trazer uma contribuição para o mundo do direito, buscando compreender a fonte de prova como determinante para dizer se houve o fato ou não e para subsidiar ou não a condenação ou absolvição. Conclui-se que a ausência ou falhas na cadeia de custódia podem resultar em perdas no valor da prova, prejudicando, assim, a investigação de um crime.

Palavras-chave: cadeia de custódia; condenações injustas; prova; prova ilícita; presunção de inocência.

INTRODUÇÃO

Este trabalho contempla o tema cadeia de custódia da prova. De forma delimitada faz-se uma reflexão acerca da contribuição da cadeia de custódia na redução de condenações injustas.

Tratada com maior profundidade pela lei 13.964/19, a cadeia de custódia probatória é um mecanismo garantidor da autenticidade dos elementos coletados e examinados na fase da investigação, assegurando

que correspondam ao caso em análise, obstando qualquer tipo de adulteração daquilo que incumbe às autoridades responsáveis pela persecução penal provar.

Tendo em vista que, em um sistema processual regido pela presunção de inocência e pelo devido processo legal, no molde acusatório, a tutela cuidadosa da atividade da prova é essencial para a qualidade da decisão proferida. Nesse contexto, a formulação do problema que orienta a pesquisa é a seguinte: até que ponto a cadeia de custódia da prova contribui para a redução no risco de condenação de inocentes?

Dessa forma, o estudo trabalha com a hipótese que o respeito aos procedimentos estabelecidos na lei processual acerca da cadeia de custódia probatória, no sentido de que a regulamentação normativa contribui para a fiabilidade da prova, finda em um controle epistêmico do material probatório e, conseqüentemente, da decisão judicial, além de servir como verdadeiro estímulo à participação defensiva na construção da prova, que possui status de evidência, qual seja, a técnica.

Contribui, assim, para a atuação mais proativa da defesa nas fases iniciais da investigação e, com as cautelas necessárias, evita a quebra da cadeia de custódia da prova, consagrando o princípio constitucional da presunção de inocência à medida que se preocupa com a qualidade da prova produzida para proferir a melhor decisão.

Sendo assim, o objetivo geral do trabalho é refletir até que ponto a cadeia de custódia da prova contribui para a redução no risco de condenação de inocentes. Os objetivos específicos visam demonstrar a relevância da cadeia de custódia para o processo penal; discutir a consequente quebra da cadeia de custódia como geradora de ilicitude ou ilegitimidade da prova; discorrer acerca dos princípios constitucionais que regem todas as fases do procedimento; e analisar a contribuição da cadeia de custódia para redução da condenação de inocentes.

Com o procedimento metodológico utilizou-se de fonte indireta, valendo-se da pesquisa bibliográfica com o objetivo de proporcionar melhores e mais precisas informações sobre o tema.

A relevância do presente trabalho acadêmico reside em buscar trazer uma contribuição para o mundo do direito, buscando compreender a fonte de prova como determinante para dizer se houve o fato ou não e para subsidiar ou não a condenação ou absolvição.

O texto está dividido em seis partes além desta introdução, o capítulo dois que trata sobre a relevância da cadeia de custódia para o processo penal, o terceiro capítulo elucida a respeito da prova ilícita, o quarto capítulo reflete a respeito dos princípios, no quinto capítulos trataremos se a cadeia de custódia contribui na redução das condenações de inocentes. Finalmente, a conclusão é feita no capítulo seis.

A RELEVÂNCIA DA CADEIA DE CUSTÓDIA PARA O PROCESSO PENAL

O processo judicial é um mecanismo adotado pelo Estado Democrático de Direito que tem por finalidade assegurar a efetivação das garantias às quais os indivíduos possuem e buscar a solução de litígios.

Em um julgamento que prioriza o sistema de controle epistêmico, a prova, através da valoração de um conjunto de informações, auxilia a confirmar e a refutar as hipóteses existentes durante o transcurso do processo judicial corroborado para se alcançar a veracidade dos fatos.

O Código de Processo Penal evidencia a possibilidade da vasta liberdade probatória, sendo possível se utilizar de meios de provas especificados como também dos meios não especificados na legislação, desde que sejam adquiridos de maneira lícita e que respeitada a lei civil quando se tratar de estado das pessoas.

Sob esse prisma, o material probatório é essencial para formular o convencimento dos atores processuais, uma vez que não podem se basear apenas em suas opiniões e em referências puramente informativas da fase de investigação. Ademais, os mesmos não são capazes de identificar por si só a veracidade dos acontecimentos, enfrentando limitações quanto à capacidade recognitiva por não deter o saber absoluto.

Visando a manutenção adequada da prova, a Lei 13.964/19, conhecida como Pacote Anticrime, alterou o Código de Processo Penal, introduzindo os arts. 158-A ao 158-F, para tratar da cadeia de custódia probatória.

A cadeia de custódia é o conjunto de procedimentos pelos quais se documenta cronologicamente determinada evidência probatória, com a finalidade de evitar a manipulação da fonte de prova e garantir a sua fiabilidade.

Dessa forma, o art. 158-A conceitua:

Art. 158-A. 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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 2021a, p. 25).

Brasileiro (2020) aduz que a relevância da cadeia de custódia perdura no fato de ser um procedimento assecuratório da autenticidade do vestígio probatório coletado e examinado, de forma a evitar qualquer tipo de adulteração, baseando-se diretamente no princípio da autenticidade da prova.

Assim, o conjunto de procedimentos adotados deve garantir a integralidade do material colhido na fase investigatória, de modo a garantir a paridade de armas dos sujeitos processuais, a ampla defesa e o direito do réu de conhecer a totalidade do conteúdo presente no processo para se

defender.

De acordo com Lopes Jr. e Rosa (2015) o cuidado é primordial e justificado visto que busca impedir a manipulação indevida da prova evitando incriminar ou isentar alguém de responsabilidade, com o propósito de obter a melhor decisão judicial e impedir uma condenação injusta, mas, sobretudo, definir objetivamente um procedimento que garanta e acredite a prova independentemente da problemática em torno do elemento do agente estatal, a polêmica acerca da subjetividade deve dar espaço a critérios puramente objetivos.

Portanto, o conjunto de procedimentos adotados pela cadeia de custódia probatória objetiva manter a autenticidade do material probatório colhido dentro dos meios de prova admitidos em direito, respeitando o devido processo legal e corroborando para que os instrumentadores processuais verifiquem, dentro do possível, a veracidade dos fatos, a fim de atingir a melhor decisão processual, evitando a isenção de um culpado.

Por isso, cumpre assinalar que o exame detalhado, cuidadoso e preservado do crime pode contribuir para evitar falhas, isto é, a quebra na produção da prova, em especial a perícia, ajudando na investigação, como será explicado a seguir.

DA PROVA PERICIAL

Ao ser admitida no processo, a prova deve ser preservada até o seu desfecho, assim, a obediência aos meios dispostos no Código de Processo Penal para a manutenção da integridade das provas é de suma relevância. Posto isso, o legislador traçou dez etapas, compreendidas como: reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte.

O reconhecimento, a etapa de identificação de um elemento como de possível importância para a produção da prova pericial, e todas as demais etapas devem garantir a fiabilidade da evidência.

Lopes Jr. e Rosa (2015) destacam que a discussão referente a quebra da cadeia de custódia adquire especial importância em se tratando das provas que tem pretensão de “evidência”, já que são atalhos para a obtenção da verdade fática, e bastam por si só, como é o caso de interceptações telefônicas ou o DNA. Pelo fato de serem obtidas “fora do processo” é essencial que seja respeitada toda a trajetória da cadeia de custódia, evitando-se a quebra da cadeia de custódia.

DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA

O legislador, preocupado com métodos ocultos de investigação na mesma proporção que provas elevadas à categoria de evidências, como a interceptação telefônica e o DNA, aduz que qualquer ato que envolva tais provas deverá ser devidamente documentado para evitar a contaminação do órgão julgador. Assim, quais seriam as consequências do descumprimento

da cadeia de custódia?

Por óbvio, a inadmissibilidade dessa evidência, assim como daquelas que dela decorrerem. Segundo Brasileiro (2020, p. 720):

Com efeito, se houve a quebra da cadeia de custódia das provas, pouco importando se causada de boa ou má-fé, surge a inevitável dúvida quanto ao grau de fiabilidade das evidências colhidas pelos órgãos persecutórios, dúvida que há de ser interpretada em favor do acusado à luz da regra probatória do in dubio pro reo, daí por que tal evidência deve ser excluída dos autos.

As consequências não são específicas, pelo fato de existir uma cizânia doutrinária em relação à ilicitude e inadmissibilidade probatória. Para parcela da doutrina, não é admitida a acusação com base em provas ilícitas e, em respeito ao art. 157 do Código de Processo Penal, pela inviabilização do efetivo contraditório como condição de validade constitucional devem ser desentranhadas dos autos e declarada a suspeição do julgador, sob a ótica da teoria dos frutos da árvore envenenada, pensando nesse sentido estão Prado (2014, p. 81), Sampaio e Diamantaras (2020, p. 325). Assim, Habeas Corpus 160.662/RJ acerca de uma interceptação telefônica colhida pela Polícia Federal na operação "Negócio da China":

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO E TELEMÁTICO AUTORIZADA JUDICIALMENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA COM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTES. PRESENÇA DE INDÍCIOS RAZOÁVEIS DA PRÁTICA DELITUOSA. INDISPENSABILIDADE DO MONITORAMENTO DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI DOS DELITOS. CRIMES PUNIDOS COM RECLUSÃO. ATENDIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 2º, I A III, DA LEI 9.296/96. LEGALIDADE DA MEDIDA. AUSÊNCIA DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRALIDADE DA PROVA PRODUZIDA NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E TELEMÁTICA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA PARIDADE DE ARMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido habeas corpus "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não

cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal. II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o writ, para substituir recurso ordinário constitucional, em habeas corpus julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal. III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, a, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do habeas corpus, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, c, e II, a, da Carta Magna. IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de habeas corpus substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal que não merece conhecimento, seja concedido habeas corpus, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica. V. Hipótese em que os pacientes foram alvo de Operação deflagrada pela Polícia Federal, denominada "Negócio da China", dirigida ao Grupo CASA & VÍDEO, que resultou na denúncia de 14 envolvidos, como incurso nos crimes dos arts. 288 e 334 do Código Penal e art. 1º, V e VII, da Lei 9.613/98, em que se apura a ocorrência de negociações fictícias, com o objetivo de dissimular a natureza de valores provenientes da prática do delito de descaminho, mediante a ilusão parcial do tributo devido na importação de produtos, pela sociedade empresária. VI. Se as pretensões deduzidas neste writ, com relação a um dos pacientes, não foram formuladas perante o Tribunal de origem, no acórdão ora impugnado, inviável seu conhecimento pelo STJ, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes. VII. A intimidade e a privacidade das pessoas não constituem direitos absolutos, podendo sofrer restrições, quando presentes os requisitos exigidos pela Constituição (art. 5º, XII) e pela Lei 9.296/96: a existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, a impossibilidade de produção da prova por outros meios disponíveis e constituir o fato investigado infração penal punida com pena de reclusão, nos termos do art. 2º, I a III, da Lei 9.296/96, havendo sempre que se constatar a proporcionalidade entre o direito à intimidade e o interesse público. VIII. O Superior Tribunal de Justiça tem

decidido no sentido de "ser legal, ex vi do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96, a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática, se for realizada em feito criminal e mediante autorização judicial, não havendo qualquer afronta ao art. 5º, XII, da CF" (STJ, RHC 25.268/DF, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador Convocado do TJ/RS), SEXTA TURMA, DJe de 11/04/2012). IX. A decisão que determinou a quebra de sigilo telefônico dos envolvidos na prática criminosa - cujos fundamentos foram incorporados à decisão de quebra de sigilo telemático - encontra-se devidamente fundamentada, à luz do art. 2º, I a III, da Lei 9.296/96, revelando a necessidade da medida cautelar, ante as provas até então coligidas, em face de indícios razoáveis de autoria ou de participação dos acusados em infração penal (art. 2º, I, da Lei 9.296/96), para a apuração dos delitos de sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, crime contra a ordem tributária e formação de quadrilha, punidos com reclusão (art. 2º, III, da Lei 9.296/96), demonstrando que a prova cabal do envolvimento dos investigados na alegada trama criminosa, para complementar as provas até então recolhidas, não poderia ser obtida por outros meios que não a interceptação telefônica, especialmente a prova do liame subjetivo entre os investigados, para identificação, com precisão, da atividade desenvolvida pelos alvos principais, o modus operandi utilizado e as pessoas a eles associadas, em intrincado e simulado grupo de empresas nacionais e estrangeiras, destinado a ocultar seu verdadeiro controlador, cujas negociações revestiam-se de clandestinidade, valendo lembrar que, em casos análogos, é conhecida a dificuldade enfrentada pela Polícia Federal para desempenhar suas investigações, uma vez que se trata de suposto grupo organizado, com atuação internacional e dotado de poder econômico (art. 2º, II, da Lei 9.296/96). 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 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. 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. XV. Habeas corpus não conhecido, quanto à paciente REBECA DAYLAC, por não integrar o writ originário. XVI. Habeas corpus não conhecido, por substitutivo de Recurso Ordinário. XVII. **Ordem concedida, de ofício, para anular as provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, determinando, ao Juízo de 1º Grau, o desentranhamento integral do material colhido, bem como o exame da existência de prova ilícita por derivação, nos termos do art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP, procedendo-se ao seu desentranhamento da Ação Penal 2006.51.01.523722-9 (BRASIL, 2014, p. 1, grifo nosso).**

Lado outro, com a introdução do Pacote Anticrime, Brasileiro (2020) ensina que a quebra da cadeia de custódia deve ser pensada de forma a gerar a ilegitimidade da prova, gerando nulidade do procedimento. Nesse sentido, à violação das regras de direito processual, deve ser aplicada a teoria das nulidades, sendo que compartilha do mesmo pensamento Cunha (2020, p. 180). Por oportuno é o entendimento jurisprudencial, reconhecendo nulidade em caso concreto em virtude da falta de acesso a integralidade das conversas telefônicas interceptadas:

RECURSO ESPECIAL. ART. 305 DO CPM. NULIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA. FALTA DE ACESSO À INTEGRALIDADE DAS CONVERSAS. EVIDENCIADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM A EXISTÊNCIA DE ÁUDIOS DESCONTINUADOS, SEM ORDENAÇÃO, SEQUENCIAL LÓGICA E COM OMISSÃO DE TRECHOS DA DEGRAVAÇÃO. FILTRAGEM ESTABELECIDADA SEM A PRESENÇA DO DEFENSOR.

NULIDADE RECONHECIDA. PRESCRIÇÃO CONFIGURADA. RECURSOS PROVIDOS. DECRETADA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. 1. A quebra da cadeia de custódia tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita. O instituto abrange todo o caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade (RHC 77.836/PA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 12/02/2019). 2. É dever do Estado a disponibilização da integralidade das conversas advindas nos autos de forma emprestada, sendo inadmissível a seleção pelas autoridades de persecução de partes dos áudios interceptados. 3. A apresentação de parcela do produto extraído dos áudios, cuja filtragem foi estabelecida sem a presença do defensor, acarreta ofensa ao princípio da paridade de armas e ao direito à prova, porquanto a pertinência do acervo probatório não pode ser realizado apenas pela acusação, na medida em que gera vantagem desarrazoada em detrimento da defesa. 4. Reconhecida a nulidade, inegável a superveniência da prescrição, com fundamento no art. 61 do CPP. 5. **Recursos especiais providos para declarar a nulidade da interceptação telefônica e das provas dela decorrentes, reconhecendo, por consequência, a superveniência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, de ofício** (BRASIL, 2019, p. 1, grifo nosso).

Para tanto, o presente trabalho tem o cunho de apresentar toda a minúcia da discussão acerca da ilicitude e ilegitimidade da prova decorrente da quebra da cadeia de custódia, filiando-se à parcela da doutrina que defende o reconhecimento da ilicitude e conseqüente desentranhamento completo dos autos, haja vista que a preservação da cadeia de custódia reside em acumular um conhecimento técnico que ultrapassa a área jurídica e avança em outros conhecimentos, tornando legítima e fidedigna o vestígio que será objeto de prova.

PROVA ILÍCITA

A atividade probatória encontra limitações por relacionar-se diretamente com direitos da mesma relevância dentro da legislação brasileira. Nesse sentido, a Constituição Federal trouxe em seu art. 5º, LVI, a inadmissibilidade das provas obtidas através de meios ilícitos nos autos processuais.

Em um sistema baseado no controle epistêmico, é necessário um alto grau de exigibilidade dos procedimentos penais adotados, tal como dos

atores processuais com a finalidade da redução de erros. Dessa forma, as fronteiras estabelecidas ao direito à prova manifestam-se em consequência do nível de aperfeiçoamento dos atos processuais na lide criminal como garantias, mesmo que em prejuízo à busca pela verdade fática.

A Lei n. 11.690 de 2008 dispõe a respeito da prova ilícita no Código de Processo Penal: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais (BRASIL, 2022, p. 25)”. Dessa premissa, Lopes Jr. (2020, p. 628) entende que “O cânon processual da admissibilidade pode ser sintetizado na seguinte negativa: uma prova é admissível sempre que nenhuma norma a exclua”.

Existe uma cizânia no ordenamento jurídico quanto ao conceito de prova ilícita. Contudo, é possível encontrar na doutrina a diferenciação de prova ilegal, ilícita e ilegítima, possuindo como basilar a teoria do italiano Nuvolone.

Nesse prisma, a prova será considerada ilegal sempre que sua obtenção se der por meio de violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza material ou processual. Prova obtida por meios ilegais deve funcionar como o gênero, do qual são espécies as provas obtidas por meios ilícitos e as provas obtidas por meios ilegítimos. (BRASILEIRO, 2020, p. 685)

Conforme Lopes Jr. (2020) ensina que a prova ilegítima viola a norma processual no momento da sua produção, e em regra, ocorre durante o curso da ação. Já a prova ilícita é obtida através do descumprimento de direito material penal ou constitucional, via de regra ocorre uma violação ao direito de intimidade, privacidade ou liberdade. Essa se dá no momento da colheita da prova, anterior ou simultâneo ao processo, mas sempre exterior a este.

A corrente majoritária na doutrina e na jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, sobre a teoria da admissibilidade das provas ilícitas, defendem o entendimento literal do art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, ou seja, a inadmissibilidade absoluta dentro do processo.

Determina o art. 157, § 3º do CPP: “preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente (BRASIL, 2022, p. 25)”. O direito à exclusão engloba tanto as provas ilícitas, quanto as provas ilegítimas.

A prova ilícita por derivação, também entendida como a teoria dos frutos da árvore envenenada, conforme Brasileiro (2020) explica, são os meios probatórios, que, produzidos validamente momento posterior, são afetados pelos vícios da ilicitude originária, contaminando-os, devido ao nexo causal.

Vejamos a redação dada pelo art. 157, §§ 1º e 2º do CPP:

§ 1o São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2o Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (BRASIL, 2022, p. 22).

Em síntese, da prova declarada inadmissível não se pode derivar outra que seja lícita, ou seja, a prova gerada pela ilícita se torna semelhantemente ilícita, salvo quando advirem de fonte independente.

A prova originária de fonte independente não se macula pela ilicitude existente em prova correlata. Imagine-se que, por escuta clandestina, logo ilegal, obtém-se a localização de um documento incriminador em relação ao indiciado. Ocorre que, uma testemunha, depondo regularmente, também indicou à polícia o lugar onde se encontrava o referido documento. Na verdade, se esse documento fosse apreendido unicamente pela informação surgida da escuta, seria prova ilícita por derivação e inadmissível no processo. Porém, tendo em vista que ele teve fonte independente, vale dizer, seria encontrado do mesmo modo, mesmo que a escuta não tivesse sido feita, pode ser acolhido como prova lícita. (NUCCI, 2021, p. 261)

Desse modo, a prova ilícita infringe diretamente norma de direito material, geralmente viola direitos como a intimidade, a liberdade e a privacidade, e por conseguinte, não é admitida nos autos processuais, assim como aquelas que dela derivarem conforme determina o nosso ordenamento jurídico.

Assim, faz-se necessário discorrer acerca dos princípios que orientam o processo penal para compreender o papel dos atores processuais quando das falhas que possam gerar vícios nos elementos probatórios, e que devem ser evitadas.

PRÍNCIPIOS

DEVIDO PROCESSO LEGAL

Originado da cláusula due process of law, do direito anglo-americano, consagra-se na Lei Maior no art. 5º, LIV e LV, estabelecendo que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem que haja um processo prévio

no qual assegurar-se-á o contraditório e a ampla defesa, com seus meios e recursos inerentes.

Intimamente conectado ao princípio da legalidade, do juiz natural, exige-se que para um julgamento acontecer, o órgão deve estar previamente constituído, antes do cometimento do delito, para o processo de crimes, bem como deve ser competente para o julgamento, para não difundirem-se arbitrariedades.

Do mesmo modo, para a construção de um Estado Democrático de Direito, deve ser adotada a perspectiva da obtenção de legitimidade do ordenamento e do Direito pelo procedimento, na formação de consenso produzido discursivamente e selecionado dentre os melhores argumentos, para permitir a participação dos cidadãos na definição do sentido das normas jurídicas.

Torna-se imperioso deduzir no sistema de direitos fundamentais basilares do ordenamento jurídico apresenta-se em uma estrutura cuja metodologia de aplicação ou interpretação das normas jurídicas serve para efetivação desses direitos, o sistema jurídico de aplicação do direito penal estrutura-se em bases sólidas, constitucionalmente resguardadas, inafastáveis e destinadas a cumprir a missão de salvaguardar os direitos individuais na manutenção do devido processo legal.

AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO

Nos moldes do art. 5º, inciso LV da Carta Magna, é garantido aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.

Dessa forma, o contraditório pode ser compreendido como a ciência bilateral dos atos ou termos do processo, por consequência, a possibilidade de se opor, em debate. Partindo-se desse conceito, aduz-se que o núcleo fundamental de tal princípio está diretamente relacionado à dialética processual penal, devendo-se assegurar a ambas as partes a oportunidade de inspeção recíproca dos atos praticados no feito.

Dessa forma, pode-se dividir seus elementos em: a) direito à informação; e b) direito de participação. Apresentam-se necessárias ao regular andamento processual, portanto, a informação das partes e a possível reação a atos desfavoráveis, pois não se pode conceber a existência de um processo penal eficaz sem que a parte contrária esteja ciente dos argumentos da outra.

Por tal fato, a comunicação dos atos processuais é de suma relevância para não gerar nulidades, como preleciona o Supremo Tribunal Federal na Súmula 707.

Lado outro, participa tão somente quem reage aos atos processuais contrários, seja manifestando-se de acordo ou contrariamente à pretensão da outra parte. Afinal, há de se assegurar uma real, efetiva e plena participação dos sujeitos processuais de forma isonômica ao longo de todo o processo, visando o equilíbrio nas relações jurídicas, por esta razão, inclusive, é

assegurado o respeito à igualdade de tratamento quando o próprio ordenamento jurídico impõe a obrigatoriedade de assistência técnica de defensor, no contexto de dispositivos como o art. 261 ou art. 497, ambos do CPP.

A doutrina mantém-se uníssona no sentido de que o contraditório deve ser observado na fase processual, não na investigatória. Isso se dá em atenção à própria Constituição Federal e porque o inquérito policial é compreendido como procedimento administrativo preliminar para colheita de informações quanto à existência ou não de crime, autoria ou participação.

Por derradeiro, todas as provas usadas dentro de um processo judicial devem ser elementos de convicção produzidos no curso do processo judicial, pois a atuação das partes na formação probatória deve se dar com a presença do órgão julgador e sob o manto do contraditório e da ampla defesa.

De acordo com o dispositivo constitucional, art. 5º, LV, assegura-se aos atores processuais o direito fundamental à ampla defesa. Diretamente relacionado ao direito ao contraditório, nas palavras de Brasileiro (2016, p. 89) “o garante e por ele se manifesta”.

Nesse enfoque, só se torna possível em virtude das garantias à informação e participação inerentes ao princípio do contraditório para viabilizar uma reação: o exercício de defesa.

Em que pese conectados, não se confunde ampla defesa e contraditório. Por força do devido processo legal, um depende do outro para existir, de modo que o processo penal exige das partes posições opostas para que uma delas, obrigatoriamente, esteja em posição de defesa em detrimento da outra, numa contraposição de atos e termos da parte adversa. São manifestações simultâneas, porém, co-dependentes.

Quando a CF/88 assegura aos litigantes tais garantias, compreende-se que é de direito aos acusados a defesa técnica e a autodefesa. Por força da ampla defesa admite-se a formalidade no tratamento do acusado e o tratamento desigual na medida das suas desigualdades, pela outorga de privilégios em detrimento da acusação.

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O devido processo legal apenas acontece de forma efetiva quando orientado por um juiz imparcial e com iniciativa probatória à responsabilidade das partes coletada em sede de contraditório e ampla defesa. Assim, o modelo acusatório assemelha-se ao modelo democrático, tendo, portanto, regras incompatíveis com o sistema inquisitório.

Todos os crimes estão previstos em lei antes do seu cometimento, de acordo com o princípio da legalidade e, da mesma forma, o órgão julgador precisa estar previamente constituído para o processo de delitos no momento da definição da competência, devido ao princípio do juiz natural, expressamente vedada a formação de tribunais de exceção.

A doutrina afirma que o princípio da presunção de inocência estabelece ao Poder Público o cumprimento de uma regra de tratamento em

relação ao acusado, segundo a qual durante a persecução penal o réu não pode sofrer com restrições fundadas unicamente na possibilidade de condenação ao fim do processo criminal. De outro modo, estabelece que o dever da prova acerca da existência do fato e sua autoria devem ser da acusação.

Nas palavras de Avena (2020, p. 109) esse princípio “exerce função relevantíssima, ao exigir que toda privação da liberdade antes do trânsito em julgado deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de ordem judicial devidamente motivada.”, de tal modo, óbice à condutas arbitrárias que configuram risco a própria efetividade da realização da jurisdição penal ao antecipar o resultado do processo que leve o sujeito ao cárcere sem observância dos seus direitos.

A condição de não culpabilidade é matéria de índole constitucional, expressa no art. 5º, LVII, estabelecendo que uma pessoa só pode ser considerada culpada após o trânsito em julgado de sentença condenatória da qual não caiba mais recurso. Nesse sentido, a Lei 13.964/19 deu nova redação ao art. 283 do Código de Processo Penal, prevendo que a prisão antes do trânsito em julgado deve estar amparada em vasta fundamentação cautelar, estando vedada a execução provisória da pena.

Tem-se que, de todo modo, a cautela na produção e administração da prova que orienta o processo possui a finalidade de produzir uma decisão mais justa, corroborada por elementos confiáveis, assim, é preciso debater acerca do papel deste instituto para a redução do erro judiciário.

A CADEIA DE CUSTÓDIA CONTRIBUI NA DIMINUIÇÃO DAS CONDENAÇÕES DE INOCENTES?

Cristalino que tem-se a cadeia de custódia da prova para garantir o Estado de Direito com observância e respeito às normas e direitos fundamentais.

O tratamento atribuído à cadeia de custódia pela Lei 13.964 de 2019, inserindo os arts. 158-A, B, C, D, E e F (em plena vigência, não afetados pela liminar do Min. Fux), aduz que resguardar a integralidade do material colhido na investigação reflete no dever de assegurar a paridade de armas dos sujeitos processuais, a ampla defesa e o direito do réu de estar ciente do inteiro teor das provas para defender-se valendo-se do contraditório.

A importância do estudo da cadeia de custódia da prova, que, nas palavras de Brasileiro (2020, p. 718) é “mecanismo garantidor da autenticidade das evidências coletadas e examinadas, assegurando que correspondem ao caso investigado, sem que haja lugar para qualquer tipo de adulteração”, reside em manter a história cronológica de uma evidência, evitando interferências internas e externas que comprometam a atividade probatória. Nesse sentido, para Prado (2014), a cadeia de custódia assegura a integridade da prova e regula sua utilização em juízo.

A exemplo do DNA, prova produzida fora do processo cuja preservação de suas fontes é fundamental, configurando verdadeira condição

de validade da prova, dessa forma discutiu o STJ no HC 160.662-RJ.

Tal discussão concentra-se na conexão de antijuridicidade da prova ilícita, presente no art. 5º, LVI da Constituição Federal, acarretando a inadmissibilidade desta prova pela exigência da autenticidade dos meios probatórios evitando, assim, uma manipulação indevida que acabe por incriminar um indivíduo ou isentar alguém da responsabilidade penal, haja vista que obtendo melhor qualidade da decisão judicial, inibem-se injustiças.

Provas importantes como interceptações telefônicas ou o DNA são obtidas fora do processo e que tendem a bastar por si mesmas e anular o contraditório, necessário, portanto, uma descrição documentada da obtenção e toda a trajetória até a inserção e valoração judicial, submetendo todo o iter procedimental à prova e contraprova, vez que o magistrado não deve estar cego pelo evidente.

Destarte, Prado ainda leciona que a fiabilidade probatória não se confunde com a avaliação acerca do grau de convencimento alcançado pelo magistrado a partir do exame do material probatório, entretanto, é, sem dúvida, o procedimento que preserva os elementos probatórios. Por consequência, eventual contaminação e alteração gera a quebra do procedimento, ato lesivo ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório, constitucionalmente garantidos.

Luta-se pela redução das condenações injustas por meio da qualidade da prova e, por consequência, das decisões, nesse sentido, imperioso transferir a gestão das provas para as partes enquanto o juiz assume papel de mero espectador, respeitando fielmente as diretrizes legais para o devido processo.

De fato, a prova funciona para buscar a reconstituição aproximada ou parcial de um fato anterior para um juiz ignorante, permitindo a reconhecimento em relação ao fato descrito pela acusação e, simultaneamente, serve para obter a captura psíquica do julgador na formação do seu convencimento. Para tanto, sua preservação pela cadeia de custódia probatória é condição de validade do processo, pois no tocante à relação entre prova e decisão, a valoração deve ser feita dentro de um sistema de controle epistêmico da admissão e produção da prova, para que se chegue à decisão mais justa possível.

CONCLUSÃO

Por derradeiro, a gestão e iniciativa probatória é questão basilar do processo penal e funda-se a partir de seus princípios norteadores. Assim, o sistema acusatório brasileiro molda uma persecução penal dentro da legalidade, preservando a situação jurídica de inocência do indivíduo e garantindo seus direitos ao longo de todo o feito.

No implemento desse sistema, busca-se a efetivação do modelo apresentado pela Constituição Federal e, agora, pelo art. 3º-A do Código de Processo Penal, ainda com eficácia suspensa.

Na formação da convicção pelos elementos trazidos ao processo

pelas partes, são assegurados ética, proteção e respeito às regras. A necessidade de preservar a prova importa em refletir que a busca pela verdade encontra obstáculos.

As hipóteses fáticas produzidas em juízo devem estar orientadas dentro de uma racionalidade para a melhor relação entre prova e convicção que, indubitavelmente, efetiva o interesse da sociedade brasileira em diminuir injustiças.

Todos esses aspectos, analisados em conjunto, aduzem que a ausência ou até mesmo erros nos procedimentos relacionados à cadeia de custódia geram imensos prejuízos ao processo, abrindo espaço para ilicitudes. Dessa forma, afirma-se que é fundamental para garantir a idoneidade e rastreabilidade dos vestígios, preservando a confiabilidade e transparência da produção de prova. Diante disso, é inquestionável que os procedimentos relativos à cadeia de custódia sejam adotados e implementados.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12. ed. São Paulo: Editora Método, 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional n.º 99, de 14.12.2017. In: **Vade Mecum jus podivm**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 18 out. 2021a.

BRASIL. **Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm. Acesso em: 18 out. 2021b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 160.662/RJ**. Impetrante Fernando Augusto Fernandes e outros e Impetrado Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Relator(a): Ministra Assusete Magalhães, Brasília, 18 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864482320/habeascorpushc16066-2-rj-2010-0015360-8/inteiro-teor-864482321?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 out. 2021c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.795.341/RS**. Recorrente Dalvani Albarello, Luis Fabiano Leais Nery Jeferson Wbatuba Mota e Ministério Público Federal e Recorrido Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a): Ministro Nefi Cordeiro, Brasília, 7 de maio de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/709372796/recurso-especial-resp->

1795341-rs-2018-0251111-5/relatorio-e-voto-709372848. Acesso em: 15 out. 2021d.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de processo penal**. 8. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote anticrime**. Salvador: Juspodivm, 2020.

FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de; SAMPAIO, Denis. Cadeia de custódia da prova. In SILVA, Franklyn Roger Alves (Org.). **O processo penal contemporâneo e a perspectiva da Defensoria Pública**. Belo Horizonte: Editora CEI, 2020.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre de Moraes. **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: 18 out. 2021.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2020.

NUCCI, Guilherme. **Manual de processo penal e execução penal**. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640119/epub/cfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4!\]/4](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640119/epub/cfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4!]/4). Acesso em: 18 out. 2021.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.