

A CADEIA DE CUSTÓDIA É CONDIÇÃO NECESSÁRIA PARA A REDUÇÃO DOS RISCOS DE CONDENAÇÕES DE INOCENTES¹

THE CHAIN OF CUSTODY IS A NECESSARY CONDITION FOR THE REDUCTION OF THE RISK OF CONVICTING INNOCENTS

Prof. Dra. Janaina Matida²

RESUMO: O tema do presente artigo é a cadeia de custódia da prova. A introdução do instituto na Lei 13.964/19 reflete o reconhecimento de que a fiabilidade constitui uma importante característica dos elementos que comporão o conjunto probatório a ser valorado pelo juiz para a determinação dos fatos juridicamente relevantes. A função da cadeia de custódia da prova, definida como documentação cronológica do vestígio (que deve ser entendido de modo amplo), é justamente a de garantir que o elemento probatório que o juiz recebe na fase de instrução é confiável, foi colhido, catalogado, manipulado, condicionado e transportado adequadamente até ser ingressado ao júízo; por isso, pode ser usado como ponto de partida às inferências probatórias. Na omissão da lei, defendo que a fase adequada ao exame da cadeia de custódia é a fase de admissão da prova; e, em segundo lugar, que a consequência da quebra da cadeia de custódia deverá ser a exclusão do vestígio, sem que este possa ser valorado. A qualidade epistêmica da fase investigatória é condição necessária, ainda que não suficiente, para um processo penal seriamente comprometido com a redução do risco de condenação de inocentes.

PALAVRAS-CHAVE: Cadeia de custódia. Fiabilidade. Determinação dos fatos. Redução de riscos. Epistemologia jurídica.

ABSTRACT: The subject of this paper is chain of custody of evidence. The introduction of this institute in Statute 13.964/19 reflects the recognition that reliability is an important characteristic of the pieces of evidence that will compose the set of evidence to be valued by the judge for the determination of the legally relevant facts. The function of the chain of custody of evidence, defined as the chronological documentation of the evidence (which must be understood broadly), is precisely to guarantee that the piece of evidence which the judge received in the phase of investigation is reliable, was collected, cataloged, manipulated, conditioned, and transported properly until it was brought to court; therefore, it can be used as a starting point for evidentiary inferences. In the absence of legislation, I argue that the appropriate phase for examining the chain of custody is the phase of admissibility; and, second, that the consequence of breaking the chain of custody should be the exclusion of the piece of evidence, avoiding its evaluation. The epistemic quality of the investigative phase is a necessary, albeit not sufficient, condition for a criminal trial seriously committed to the reduction of the risk of convicting innocents.

1. Esse artigo foi originalmente escrito à convite do Boletim IBCCRIM, n. 331 de 2020, “Especial Lei Anticrime”. Agradeço o interesse da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul o espaço para a sua republicação.

2 Professora de Direito da Universidad Alberto Hurtado, Chile. Doutora em Direito pela Universitat de Girona, Espanha

KEYWORDS: Chain of custody. Reliability. Fact-finding. Risk-reduction. Legal epistemology.

No dia 24 de dezembro de 2019 fomos surpreendidos pela sanção presidencial da Lei 13.964, apelidada pelo então Ministro da Justiça como “Pacote Anticrime”. Ainda que não seja possível ignorar a presença de contundentes retrocessos na legislação em questão, a surpresa a que me refiro foi sobre alguns aspectos positivos: de certo modo, a chegada do juiz de garantias³, a eficaz blindagem ao *plea bargaining* e, finalmente, a previsão legislativa da cadeia de custódia das provas renovaram o fôlego dos que anseiam por um sistema de justiça genuinamente acusatório. Enquanto não podemos festejar a integral substituição de um sistema com flagrante raiz inquisitorial por um sistema de justiça verdadeiramente sintonizado com a Carta Constitucional de 1988⁴, resta-nos dirigir esforços a otimizar os efeitos destas mudanças que chegam a conta-gotas.

Assim, o presente artigo pretende oferecer uma análise da cadeia de custódia das provas vista como ferramenta útil a uma determinação dos fatos adequada aos compromissos de um processo penal democrático. Contornos democráticos implicam que a redução dos riscos de se condenar inocentes deva servir como norte regulatório: ao lado de um standard probatório robusto para a condenação, de protocolos para a produção de provas em específico, do genuíno respeito à presunção de inocência, de critérios racionais de valoração, a cadeia de custódia deve funcionar como um expediente probatório que, de fato, possa contribuir à redução dos riscos de se condenar inocentes. Para tanto, aqui pretendo contribuir a preencher os silêncios que a legislação em comento deixou, sem deixar de reconhecer aspectos positivos nela presentes. Adiantando a tese principal, defenderei que a efetividade da cadeia de custódia depende diretamente de que se entenda que o efeito da não preservação deve ser a exclusão deste elemento. Serão estas as ideias presentes neste artigo. Vejamos.

3. Como já é de conhecimento notório, o instituto do juiz de garantias teve sua eficácia suspensa por decisão acautelatória proferida pelo Supremo Tribunal Federal no bojo de ADI's 6298, 6299, 6300 e 6305. Notícia acessada por: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>

4. Sobre a necessidade de uma Reforma Global, ver Coutinho, 2018.

Da leitura atenta dos artigos que agora prestam tratamento à temática ora em exame, é possível constatar que, ao dispor sobre cadeia de custódia, pretendeu-se destacar a importância da *documentação da história cronológica* daquilo que eventualmente pode vir a servir de prova em determinado processo criminal⁵. Em realidade, a redação é um tanto mais restrita, uma vez que os dispositivos legais determinam que a cadeia de custódia recai sobre ‘vestígios’. Vestígios são, por sua vez, definidos tecnicamente como “todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal” (art. 158, §3º). Essa definição merece críticas: não há porque assumir definição jurídica tão estreita quando o que importa é que seja capaz de auxiliar na determinação da infração penal. Inegável que coisas que podemos pegar são qualificáveis como vestígios, mas não há razão para deixar-se de reconhecer que uma troca de e-mails, uma interceptação telefônica, mensagens por aplicativos etc.

5. “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”. A formulação final do dispositivo passou por um tortuoso caminho, dado que o tratamento inicial era precisamente de esvaziamento do que seja cadeia de custódia. Como esclarece Vieira (p. 29, 2020), “A expressão ‘cadeia de custódia’ constava da redação proposta para o §2º do art. 3ºA da Lei 12.850/13, afirmando-se que, nos casos em que houvesse atuação de equipes conjuntas de investigação, o *compartilhamento ou transferência de provas dispensaria formalização ou autenticação especiais, exigindo-se apenas a demonstração da cadeia de custódia*”. (grifei)

Feito o ajuste quanto ao alcance conceitual do vestígio para abarcar também elementos imateriais, podemos voltar às disposições legais concernentes à cadeia de custódia, vê-se que o objetivo é de assegurar que os elementos mostrados ao juiz (i) sejam os *mesmos* encontrados na cena do crime e que, além disso, (ii) não tenham sofrido *adultrações*. Neste passo, é relevante garantir, respectivamente, a *mesmidade*⁶ e a *integridade*, porque são estas as características que tornam o elemento probatório confiável. Só a partir do asseguramento da fiabilidade (ou confiabilidade) que ele poderá integrar o raciocínio probatório por meio do qual, por sua vez, o juiz buscará determinar a ocorrência dos fatos considerados relevantes para aquele processo. Faz sentido: sem a cadeia de custódia, como confiar, por exemplo, que o resultado de DNA trazido ao processo corresponde, de fato, ao material colhido na cena do crime (mesmidade em xeque)? Se não há documentação cronológica do DNA, omitindo-se de que maneira foi coletado, manipulado e conservado, como confiar que seu resultado não foi adulterado (integridade em xeque)? Em suma, se a utilidade do material que é trazido ao processo é no sentido de acercar o juiz de uma reconstrução dos fatos o mais próxima possível da realidade, o risco de interferências irregulares sobre os materiais representa o próprio risco de que estes objetos venham a se prestar a uma reconstrução deturpada dos fatos.

Buscando salvaguardar o potencial epistêmico do processo penal, a Lei disciplina uma série de providências que concretizam o desenvolvimento técnico-jurídico da cadeia de custódia: (i) o artigo 158-B detalha as diversas etapas de rastreamento do vestígio: *reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte*; (ii) o artigo 158-C dispõe o perito oficial como sujeito preferencial a coletá-lo, bem como o lugar para onde deve ser encaminhado (central de custódia); (iii) o §2º proíbe a interferência na cena do crime antes de que haja a sua liberação por parte do perito, sendo a conduta tipificada como fraude processual; (i) já o artigo 158-D disciplina como os vestígios devem ser acondicionados, com necessidade de lacre, numeração individualizada, “de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio”. A partir destes dispositivos, já é possível realizar algumas considerações:

6. Sobre “mesmidade”, ver Prado, 2019, p. 95.

Em primeiro lugar, fica fácil enxergar que não são suficientes mais a realização de meras rotinas de cuidado, criadas *ad hoc*. Não basta que se realize uma “custódia fática” a qual reflita o menor ou maior cuidado que agentes que guardem a posse do objeto, individualmente, julguem ser devidos à sua preservação. Os novos dispositivos assentam que a confiabilidade dependerá do necessário oferecimento de um detalhado rastreo, nos moldes definidos normativamente. Há a prévia estipulação do sujeito responsável, para onde o vestígio deve ser encaminhado, o detalhamento das fases e das condições que devem ser observadas para que se possa dizer que o vestígio foi regularmente custodiado. Isso significa, em outras palavras, que ficam ultrapassadas de vez quaisquer discussões sobre a boa ou má-fé do agente responsável pelo vestígio⁷. Neste aspecto, a legislação avança positivamente rumo à determinação dos fatos adequada a um processo penal democrático.

Mas também é importante notar que a lei é silente quanto ao efeito da não preservação da cadeia de custódia. Isto é, embora seus artigos detalhem aspectos, sem dúvida, importantes, inexistente qualquer determinação legislativa quanto ao momento processual apropriado para o exame da regularidade ou irregularidade da cadeia de custódia; tampouco qualquer explicitação quanto às consequências que devem ser atribuíveis aos elementos probatórios cuja custódia haja passado por rupturas. Sobre o assunto, a dogmática penal divide-se entre os que entendem que a ruptura da cadeia de custódia deve implicar em sua inafastável exclusão e os que afirmam que caberá ao juiz, em cada caso, valorar e decidir sobre o peso a ser concedido a elemento probatório cuja custódia tenha sido irregular.

7. Prado, 2019: “No caso da quebra da cadeia de custódia não se cogita de perquirir sobre a boa ou má-fé dos que manusearam o produto da atividade de investigação dos meios de prova”.

No que refere às etapas probatórias, os processualistas que defendem a exclusão entendem que o exame da cadeia deve ocorrer na fase de admissão. Desse modo, o elemento probatório que tenha a sua cadeia de custódia quebrada terá interrompido o trânsito para integrar o conjunto probatório sobre o qual o processo circundará⁸. Já para os que entendem que a quebra não necessariamente deve acarretar a exclusão, é na fase de valoração que cabe proceder-se a exame da cadeia de custódia⁹. Para estes, o comprometimento da fiabilidade do elemento probatório consiste em uma questão de grau e, sendo assim, o juiz pode chegar a aproveitar o elemento irregularmente custodiado. Quem sustenta este entendimento busca evitar a exclusão de elementos probatórios que seriam capazes de auxiliar na determinação de fatos juridicamente relevantes, eles partem da diretiva segunda a qual “quanto mais rico o conjunto de elementos probatórios, mais perto de determinar adequadamente os fatos ficamos”.

No entanto, é preciso considerar profícuas as limitações ao filtro da relevância. Ainda que em princípio toda prova sobre fato relevante deva ser admitida, há boas razões para impor limites à formação do conjunto probatório, mesmo que isso implique perdas ao conjunto. Um elemento probatório não custodiado como deveria tem o lesivo potencial de dar suporte a uma hipótese fática possivelmente falsa, conferindo-lhe injustificados contornos persuasivos. Na hipótese de que receba valor probatório indevido, o elemento probatório não custodiado terá contribuído a prestar apoio à narrativa a uma primeira vista coerente porém falsa¹⁰. Pense-se, por exemplo, em uma interceptação telefônica que teve o trecho favorável à hipótese defensiva cortado¹¹. A admissão de elementos relevantes porém não confiáveis, de modo a que futuramente possam ser (super)valorados pelo juiz, representa um flerte desnecessário com o risco de condenação de inocentes.

8. Prado (2014, 2019), Lopes Jr. (2019), Morais da Rosa (2019) entendem que a quebra acarreta necessária exclusão.

9. Para Badaró (2017) e Dalagnol e Câmara (2016) a consequência da quebra da cadeia de custódia deve ser considerada pelo juiz no momento da valoração.

10. Sobre boas (porém falsas) narrativas, ver Taruffo, 2008.

11. Prado, 2019: “A constatação em um processo concreto de que houve supressão de elementos informativos colhidos nestas circunstâncias fundamenta a supressão sobre a infidelidade dos registros remanescentes e realça a ineficácia resultante da quebra da cadeia de custódia (...)”.

Uma ida aos desenvolvimentos do processo penal brasileiro, entre seus tranços e barrancos, basta para se constatar a mentalidade inquisitorial partilhada pelo grosso de nossa magistratura. O juiz brasileiro entende que é seu dever “combater a criminalidade”¹²; custa-lhe enxergar nesta inspiração qualquer ameaça à imparcialidade e à racionalidade de que suas decisões deveriam estar dotadas. Não é segredo: o juiz brasileiro encontrou conforto na retórica ofertada por um desenho institucional de matriz autoritária. Longe de se preocupar com a aplicação de ferramentas e técnicas capazes de reconstruir os fatos tal como ocorreram, a partir do emprego retórico de termos como “verdade real”, “livre convencimento” e “liberdade de provas”, o juiz de mentalidade inquisitorial tenta conservar caminho aberto¹³ à predisposição pela tese da acusação¹⁴.

Ora, se o que pretendemos a partir dos movimentos de reforma é substituir o sistema inquisitorial por um sistema acusatório, é necessário avançar. E avançar implica não menosprezar a realidade de uma cultura jurídica profundamente autoritária. Logo, é preciso reconhecer que desenhos institucionais inspirados no *juiz que deveria ser* simplesmente não oferecerão limites suficientes ao *juiz que é*; ao juiz que concretamente temos e que ainda responde a uma lógica inquisitorial por meio da qual reforça o *primado da hipótese sobre os fatos*¹⁵. No que refere à cadeia de custódia das provas, é necessário construí-la, enquanto categoria conceitual, de modo a que efetivamente represente constrangimentos epistêmicos a este juiz predisposto a considerar suficiente a parca corroboração construída à hipótese acusatória. Não temos razões para concluir que o juiz brasileiro saberá ser firme quanto à debilidade probatória de elementos de prova relevantes porém não confiáveis.

12. AMB, 2015. 69,5% dos entrevistados são favoráveis à elevação do limite máximo do cumprimento de pena privativa de liberdade, 71,7% concordam com o aumento da punição mínima para delitos de tráfico de drogas, e 94,8% defendem penas mais severas para agentes políticos em casos de corrupção e improbidade.

13. Sobre o papel retórico da tríade “verdade real, livre convencimento e liberdade das provas”, ver Gloeckner, 2018, p. 415-ss.

14. Até porque, como explica Casara (2015, p. 152), “Ao acreditar na imparcialidade do Ministério Público, desaparece a equidistância do Magistrado em relação às partes e, em consequência, a própria imparcialidade da Agência Judicial”. Ademais, entre as pesquisas que confirmam a predisposição do juiz a decidir com base na tese da acusação, ver Semer, 2019; Gloeckner, 2015; Jesus, 2016; Jesus, 2020; IDDD, 2019.

15. A denúncia do “il primato dell ipotesi sui fatto” feita por Cordero (1986, p.51) recebeu merecida atenção por parte da processualística penal brasileira. Entre eles, Coutinho, (2018, p. 43); Aury Lopes Jr. (2019, p. 346); Moraes da Rosa (2019, p. 719).

Além disso, uma perspectiva conceitual analítica também favorece a tese de que se trata de exame a ser feito na fase de admissão, pois uma coisa é determinar a fiabilidade de certo elemento, outra bem diferente é atribuir-lhe valor. Como explica Prado, “são coisas diversas saber se um determinado elemento probatório está em condições de ser avaliado, ou seja, se o elemento probatório pode ser objeto de avaliação, e em caso de ser avaliável, saber que valor o juiz lhe atribui”¹⁶. Não se deve, portanto, misturar a etapa na que se examina a sua *avaliabilidade* à etapa posterior em que se realiza a sua *avaliação propriamente dita*. A distinção de etapas feita conceitualmente auxilia na redução dos riscos de raciocínios probatórios equivocados pelo juiz, dado que se elimina de plano aquilo que não lhe poderá servir de premissa.

Finalmente, não se pode perder de vista os perniciosos efeitos advindos da cultura do aproveitamento de irregularidades. O entendimento de que dever-se-ia admitir como elementos probatórios vestígios cujas cadeias de custódia tenham sido quebradas gera incentivo indesejável aos agentes responsáveis pela investigação preliminar. A mensagem seria de que é desnecessário modificar a forma como investigam; que as reformas sistêmicas poderiam continuar a ser ignoradas. Num cenário em que a opção é pelo aproveitamento das irregularidades cabe reconhecer que o que se preserva é a a ânsia por condenações - esta sim, custodiada da investigação à decisão de mérito. O *giro comportamental*¹⁷ dos que atuam na fase de investigação só será conseguido à medida em que se exclua elemento probatório não confiável.

16. Prado, 2019, p.88.

17. Vieira, p. 31.

De modo sucinto, pois já ultrapasso os limites deste artigo, é preciso que a cadeia de custódia das provas não se reduza à cadeia de aproveitamento de irregularidades. A promessa de um processo penal acusatório, seriamente comprometido com a presunção de inocência, só pode ser satisfeita quando o que acontece em investigação preliminar também seja objeto de nossas reflexões¹⁸. A determinação adequadamente fatos, considerando o compromisso com a redução dos riscos de se condenar inocentes próprio do processo penal, não pode ser atingida enquanto a investigação preliminar seja conservada como um reino de arbitrariedades e surpresas contra a defesa, favores e condescendências para a acusação. É preciso *maximizar a eficiência epistêmica do processo*¹⁹ e isso só pode ser feito com a genuína implementação da cadeia de custódia. A refundação de um processo acusatório, que preza a equidistância entre as partes e o Estado, só pode ser alcançada a partir do respeito à cadeia de custódia da prova penal.

REFERÊNCIAS

AMB - Associação dos Magistrados Brasileiros. **Pesquisa 2015**. Acesso por: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-amb.pdf>

BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BADARÓ, Gustavo. **A cadeia de custódia e sua relevância para o processo penal**. Temas atuais da investigação preliminar no processo (org. Ricardo Sidi e Anderson Bezerra Lopes), Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais**: Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, vol. 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória. 2018.

CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Torino: Utet, 1986.

DALLAGNOL, D, M.; Câmara, J. de A.S.R. A cadeia de custódia da prova. In: **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. (org. Daniel Salgado de Resende e Ronaldo Pinheiro de Queiroz). Salvador: Juspodivm, 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideais autoritárias no processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant Brasil, 2018.

18. Machado, 2019.

19. Vieira, 2020, p. 28.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117, ano 23, São Paulo: Revista dos Tribunais, nov-dez, 2015.

IDDD - Instituto de Defesa do Direito de Defesa. **Relatório Anual 'O fim da liberdade'**, 2019.

JESUS, Maria Gorete de. Verdade policial como verdade jurídica. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 35, 102, 2020.

JESUS, Maria Gorete de. **O que está no mundo não está nos autos**: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. Tese doutoral, USP. 2016. Acesso por: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-03112016-162557/pt-br.php>

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2019.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Investigação criminal exige base epistemológica e fundamento democrático**. ConJur. 2020. Acesso em 04/2020 por: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-07/academia-policia-investigacao-criminal-exige-base-epistemologica-democratica>

MATIDA, Janaina. Epistemologia jurídica aplicada ao processo penal. **Temas para uma perspectiva crítica do direito**: homenagem ao Professor Geraldo Prado. (org. Joel Correa de Lima e Rubens R.R. Casara). São Paulo: Contracorrente. No prelo. (previsão junho/2020).

MATIDA, Janaina. O valor probatório da palavra do policial. **Boletim bimestral Trincheira Democrática do Instituto Baiano de Direito Processual Penal**. ano 3, n. 8, abril/2020.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 6.edição. Florianópolis: Emais Editora, 2019.

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

TARUFFO, Michele. Narrativas Judiciales (Anexo 2). In: Michele Taruffo, **La prueba, Madrid**: Marcial Pons, 2008.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento**. São Paulo: Tirant lo blanch Brasil, 2019

VIEIRA, Antonio. A cadeia de custódia da prova no processo penal: algumas notas sobre as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). **Boletim bimestral Trincheira Democrática do Instituto Baiano de Direito Processual Penal**. ano 3, n. 7, fevereiro/2020.