

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROFº JACY DE ASSIS”

DIEGO HENRIQUE SILVEIRA DÂMASO

**DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-PROCESSUAIS DA QUEBRA DA
CADEIA DE CUSTÓDIA**

Uberlândia

2018

DIEGO HENRIQUE SILVEIRA DÂMASO

**DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-PROCESSUAIS DA QUEBRA DA
CADEIA DE CUSTÓDIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientadora: Prof. Dra. Simone Silva Prudêncio.

Uberlândia

2018

DIEGO HENRIQUE SILVEIRA DÂMASO

**DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-PROCESSUAIS DA QUEBRA DA
CADEIA DE CUSTÓDIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientadora: Prof. Dra. Simone Silva Prudêncio.

Uberlândia, _____ de _____ de 2018.

Banca examinadora:

Professora Dra. Simone Silva Prudêncio

Examinador(a)

Examinador(a)

(...) ele tinha um modo diferente e próprio de julgar as coisas. Suponho que aprendeu no Evangelho.

Certa vez, numa reunião, ouviu dizer que se fazia a instrução de um processo criminal já próximo do julgamento. Um pobre homem, falto de recursos, por amor de uma mulher e de uma criança, cunhou moedas falsas. Nessa época, tal crime era punido com a morte. A mulher foi detida quando gastava a primeira moeda. Prenderam-na como a única culpada. Somente ela poderia delatar seu amante e condená-lo. Apesar da insistência, continuou obstinadamente a negar que ele tivesse qualquer participação no caso. O Procurador do Rei teve, então, uma ideia. Inventou uma infidelidade do amante e chegou mesmo, com trechos de cartas jeitosamente apresentadas, a persuadir a coitada da existência de uma rival com quem tal homem a enganava. Então, louca de ciúme, ela denunciou o amante, confessando e provando o crime. O homem estava perdido. Naqueles dias em Aix, ele seria julgado com sua cúmplice. Contava-se o acontecido e todos se admiravam da habilidade do Magistrado. Pondo em jogo o ciúme, pelo ódio fizera brilhar a verdade; fizera surgir da vingança a justiça. O Bispo ouviu tudo em silêncio. Quando terminaram, perguntou:

- Onde vão ser julgados esses dois?*
- No fórum.*
- E onde vai ser julgado o Procurador do Rei?*

(...)"

(Victor Hugo, in: Os Miseráveis)

RESUMO

O presente trabalho busca a elucidação das consequências jurídico-processuais da quebra de cadeia de custódia em sede do processo penal. A análise contextualiza tal debate dentro das estruturas e noções fundamentais de processo no Estado Democrático de Direito – em especial sistema acusatório, verdade processual e juridicidade probatória – com a devida fundamentação legal de todos os raciocínios jurídicos empregados.

Palavras-chave: Processo Penal. Direitos Fundamentais. Sistema Acusatório.

ABSTRACT

This study aims to elucidate the legal and procedural consequences of the chain of custody for breaking into the headquarters of the criminal proceedings. The analysis contextualizes such a debate within the fundamental structures and notions of process in the Democratic State of Law - specially accusatory system, procedural truth and evidentiary juridicity - with due legal justification of all legal reasoning applied.

Keywords: *Criminal proceedings. Fundamental Rights. Accusatory System.*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	07
2. O SISTEMA ACUSATÓRIO E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	09
2.1. O sistema acusatório instituído pela Constituição da República de 1988	09
2.2. Do devido processo penal efetivamente regido pela presunção de inocência	10
3. A PROVA E O PROCESSO PENAL NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	16
3.1. A concepção da prova e a verdade processual	16
3.2. Dos sistemas de apreciação das provas.....	21
3.3. Do direito constitucional à prova	26
3.4. Dos limites ao direito de prova: a inadmissibilidade de elementos probatórios obtidos por meios ilícitos.....	28
4. A CADEIA DE CUSTÓDIA	33
4.1. Sobre o conceito de cadeia de custódia e a preservação da "mesmidade" probatória	33
4.2. Do direito de rastrear as fontes de prova	37
4.3. A Portaria 82/SENASP e a regulamentação do instituto no Brasil	39
5. DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-PROCESSUAIS DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA	41
5.1. Fundamentação jurídica dos impactos processuais da quebra de cadeia de custódia: imperativo epistêmico, inadmissibilidade probatória e presunção de inocência	41
5.2. A quebra da cadeia de custódia nos tribunais: HC 160.662/RJ	45
6. CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	51

1. INTRODUÇÃO

O processo penal em um Estado Democrático de Direito é instrumento para a afirmar concretamente os direitos fundamentais processuais do acusado. Por óbvio busca também é parte da ritualística da persecução penal em sentido amplo e busca a aplicação da norma material penal no caso concreto de violação à norma. Entretanto, as conquistas históricas e a evolução racional dos sistemas de apuração da responsabilidade penal buscam a consecução de tais objetivos em conjunto, entendendo que a obediência às leis e à Constituição não é apenas garantia ao réu, mas também instrumento de viabilização do atingimento de uma jurisdição justa.¹

O princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII da Constituição da República), valor fundamental de nosso sistema acusatório de processo penal, impõe a necessidade de comprovação dos elementos constitutivos do *jus puniendi* por parte do Ministério Público – no caso da ação penal pública - que formula a hipótese acusatória e, ao longo do jogo processual, deve cabalmente demonstrá-la sob pena de absolvição do réu.

Qualquer evento passado penalmente relevante deve ser considerado como efetivamente ocorrido no mundo físico-naturalístico apenas após efetivo contraditório pelos sujeitos processuais, que constroem e validam em juízo a prova, elemento fundante e legitimador de qualquer decisão de mérito em um processo penal. Afinal, *quod non est in actis non est in mundo*: "o que não está nos autos não está no mundo". Aquilo que pelo contexto do processo não é validamente demonstrado sequer possui relevância jurídica, pois a prova é o único vestígio de evento passado que cria conhecimento juridicamente qualificado sobre o fato histórico delituoso narrado na denúncia.

Possuindo portanto a prova esse aspecto central e fundamental dentro da estrutura do processo, mostra-se de todo relevante a conservação de sua capacidade de elucidar o passado por meio da preservação meticulosa de todas as nuances que lhe são inerentes, no sentido de que o elemento probatório colhido na cena do crime seja exatamente aquilo que é apresentado e discutido em juízo.

1 TÁVORA, Nestor; RODRIGUES ALENCAR, Rosmar. Curso de Direito Processual Penal. 10a ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 32. - Esses objetivos conjuntos e aparentemente opostos representam, para Távora e Alencar, a própria essência de lide: "a lide surge do conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida. No embate criminal, teremos, de um lado, a pretensão do Estado de fazer valer o direito material, aplicando a pena ao caso concreto, e, do outro, o status libertatis do imputado, que só pode ser apenado após o devido processo legal."

Nesse cenário surge a cadeia de custódia, que nada mais é do que o registro documental cronológico da trajetória da evidência, desde o momento em que é obtida até o trânsito em julgado do processo penal.

De acordo com Albieri Espindula²:

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.

Destarte, é fundamental entender como a quebra da cadeia de custódia – que em simplificação grosseira, é a perda do valor cognitivo do elemento probatório pela criação de cenário em que possivelmente tenha havido a ruptura da trajetória ideal da evidência - influi no processo penal, e quais são as consequências jurídicas de tal evento indesejado.

2 ESPINDULA, Albieri. Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia, 2009, p. 165.

2. O SISTEMA ACUSATÓRIO E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

2.1 O sistema acusatório instituído pela Constituição da República de 1988

Excelente resumo sobre as regras do sistema acusatório é dado pela doutrina de Tourinho Filho, referindo-se a este anteriormente em sua obra como um tipo de processo penal³:

(...) são traços profundamente marcantes: a) o contraditório como garantia político-jurídica do cidadão; b) as partes acusadora e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade; c) o processo é público, fiscalizável pelo olho do povo (excepcionalmente se permite uma publicidade restrita ou especial); d) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas, e, logicamente, não é dado ao Juiz iniciar o processo (*ne procedat iudex ex officio*); e) o processo pode ser oral ou escrito; f) existe, em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações entre as partes, pois "non debet licere actori, quod reo non permittur"; g) a iniciativa do processo cabe à parte acusadora que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou órgão do Estado.

A doutrina majoritária costuma fundamentar o sistema acusatório de processo penal no art. 129, I, da Constituição da República, quando determina que é função institucional do Ministério Público "*promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*".⁴

De fato, quando o texto constitucional atribui a uma única instituição a titularidade da promoção da ação penal pública, a ser exercida num primeiro ato de acusação formal por intermédio da peça processual designada "denúncia", nos termos do art. 24 do CPP⁵, fica nítido o espírito normativo de separação das funções desempenhadas pelos sujeitos processuais no bojo do processo penal.

Entretanto, é imperioso asseverar que o conteúdo da referida norma, em que pese por ele permitir-se entender a adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal de 1988, constitui apenas uma de suas regras fundamentais, e não a tradução da inteireza de seu conteúdo jurídico. Isso porque está-se diante de uma noção de tipo ideal de sistema processual penal, de um modelo esquematizado de organização das regras informadoras da Justiça Criminal, e não de frente a uma singular norma jurídica, ainda que de valor orientador supremo.

3 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, volume 1. 32ª ed. Rev e atual – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116-117.

4 A título ilustrativo, TÁVORA, Nestor e RODRIGUES ALENCAR, Rosmar: "Com origem que remonta ao Direito grego, o sistema acusatório é o adotado no Brasil, de acordo com o modelo plasmado na Constituição Federal de 1988. Com efeito, ao estabelecer como função privativa do Ministério Público a promoção da ação penal (art. 129, I, CF/88), a Carta Magna deixou nítida a preferência por esse modelo (...)"

5 Art. 24, caput, CPP. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministério da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Assim, nas lições de Geraldo Prado⁶, a noção de sistema passa: a) pela perspectiva luhmanniana de conexão cognitiva com outros sistemas, nesse sentido sendo o sistema acusatório um subsistema do sistema judiciário; b) pela pretensão de coerência interna entre seus elementos estruturantes – no caso de um sistema jurídico, pela harmonia de suas disposições normativas - ainda que de fato carentes de absoluta completude, com eventuais antinomias e lacunas; c) pela compreensão de que se trata de um tipo ideal – não havendo correspondência efetiva com a *práxis*, mas um esforço epistemológico de compreensão racional da complexidade das estruturas sociais - tal como apregoado por Max Weber.

Dessa maneira, entendendo o sistema acusatório como a forma que a Constituição estrutura o processo penal e adotando as classificações de princípios de José Gomes Canotilho, defende Geraldo Prado⁷:

Parece evidente que, se é possível encontrar na Constituição da República as diretrizes da estrutura processual, tais diretrizes concebem-se certamente como decorrentes dos princípios fundamentais do Estado de Direito e da Democracia, com a divisão e controle de poderes, ao lado da publicidade, e dos princípios-garantia, vinculados à exigência de juiz imparcial, do exercício privativo da ação penal pública pelo Ministério Público, da garantia da ampla defesa (autodefesa e defesa profissional ou técnica) e da prescrição da atividade de polícia judiciária a determinados órgãos, consistindo estas diretrizes em subprincípio derivado daqueles estruturantes, relacionados aos dois citados, como, indiscutivelmente, o princípio da separação de poderes.

Portanto, as noções estruturantes do sistema acusatório enquadram-se como normas materialmente constitucionais, ou como princípios fundamentais da organização do Estado ou como princípios-garantia, que asseguram direitos e garantias fundamentais ao indivíduo. Mais que conjunto de regras do processo penal, são princípios basilares de um Estado Democrático, sendo até mesmo defensável que absolutamente todos os seus pilares constituem cláusulas pétreas, na medida em que uma emenda constitucional que restrinja sobremaneira seu conteúdo seria tendente a abolir direitos e garantias individuais e/ou a separação dos Poderes⁸.

2.2 Do devido processo penal efetivamente rígido pela presunção de inocência

Para completa compreensão da tese a ser defendida neste trabalho, é essencial estabelecer a correlação fundamental entre o direito ao devido processo legal e o direito à presunção de inocência, para a sedimentação do raciocínio de que todos os atos processuais -

6 PRADO, Geraldo. Sistema acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 96-109.)

7 idem. p. 107.

8 Art. 60, §4º, Constituição da República Federativa do Brasil. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais.

considerados de *per si* e em conjunto (procedimento) - devem se dar consoante o status de "inocente" (ou "não-culpado") atribuído ao réu de um processo penal.

O devido processo legal é assegurado em nossa Constituição pelo art. 5º, inciso LIV, o qual reza que "*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*". Assim, para que se prive alguém de seu *status libertatis* pelo recolhimento à prisão, é necessário respeito às regras de processo penal estabelecidas em lei. Nesse sentido defende Geraldo Prado⁹:

No Brasil, à luz do inc. LIV do artigo 5º da Constituição da República, que assegura que << ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal >>, não tem sentido conceber a atuação estatal de verificação da responsabilidade penal de alguém fora das margens instituídas no âmbito da legalidade.

Uma dessas citadas margens instituídas no âmbito da legalidade, em sentido amplo, abrange, com ainda mais razão, em interpretação extensiva, o próprio texto constitucional, que traz em seu art. 5º, inciso LVII, que "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*".¹⁰

A significância das normas extraíveis desse inciso têm sido alvo de intenso debate pela comunidade jurídica brasileira, em especial quanto ao tema da possibilidade ou não da execução provisória da pena após a condenação em segunda instância.¹¹

Seu significado, deixando de lado a polêmica supracitada, é de absorção simples até para o leigo em matéria jurídica, ao ser apresentado o conceito de "trânsito em julgado". Até que se esgotem todas as possibilidades de impugnação da decisão penal condenatória pela via recursal, o ordenamento jurídico-constitucional confere a todos o direito fundamental de não ser considerado culpado pela prática de um delito.

9 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, p. 15.

10 O direito à presunção da inocência também é garantido pela Convenção Americana de Direitos Humanos em seu art. 8.2, ao dizer que "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. (...)". Há de se entender, portanto, em interpretação sistemática, que a comprovação legal da culpa no Brasil se dá com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme o art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil. Qualquer interpretação que tente minar ou reduzir tal garantia, independentemente do status hierárquico que eventualmente se atribua à Convenção, esbarraria no art. 29, b, da CADH, que estabelece a seguinte norma interpretativa: "Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer um dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados.". O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, do qual o Brasil também é signatário, prevê o mesmo direito, com quase os mesmos dizeres, em seu art. 14.2: "Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa."

11 No julgamento histórico do HC 126.292 (Rel. Min. Teori Zavaski), em 17.02.2016, o STF, em decisão plenária, por 7 votos a 4, deixou constar na ementa que "*a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal*".

Segundo Gustavo Badaró, o conteúdo da garantia constitucional da presunção de inocência possui três principais eixos: a) garantia política do cidadão, num plano ideológico; b) sob a ótica técnico-jurídica, traduz-se em regra de julgamento; c) e, por fim, a presunção de inocência funciona como regra de tratamento do acusado ao longo do processo.¹²

Quanto ao primeiro eixo, leciona o eminente processualista penal¹³:

O processo, e em particular o processo penal, é um microcosmo no qual se refletem a cultura da sociedade e a organização do sistema político. Não se pode imaginar um Estado de Direito que não adote um processo penal acusatório e, como seu consectário necessário, o *in dubio pro reo*. A presunção de não-culpabilidade é um fundamento sistemático e estrutural do processo acusatório.

Dessa maneira, não há como se conceber uma Constituição democrática com instituições processuais penais desvinculadas dos ideários por ela erigidos. Somente partindo da premissa de que o réu é inocente é possível a idealização e efetivação de um processo o qual possa, com certo grau de certeza - aquela advinda da verdade formal e não do mito da verdade real, como se tratará adiante -, averiguar se o enunciado fático que atribui uma conduta delituosa a alguém é verdadeiro ou falso conforme as regras processuais.

Na lição de Geraldo Prado¹⁴:

Ao revés, somente o processo que se caracteriza *ab initio* pela incerteza e que reclama a produção da certeza como meta, porém em seus próprios termos, isto é, em harmonia com preceitos que assegurem a dignidade da pessoa, estará de acordo com o ideal preconizado pela categoria jurídica <<devido processo legal>>.

A presunção de inocência, enquanto garantia política contra arbitrariedades estatais no exercício concreto de seu *jus puniendi*, é, portanto, carregada de forte matiz axiológico. Decorre do próprio princípio democrático, tanto é que o próprio Supremo Tribunal Federal considera que sua substância normativa precede à própria promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, responsável por ter inaugurado expressamente em seu texto a previsão da presunção de inocência.¹⁵

Já quanto ao segundo eixo, o da regra de julgamento, assevera Badaró¹⁶:

A 'presunção de inocência' também pode ser vista sob uma ótica técnico-jurídica, como regra de julgamento a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo. Trata-se, pois, de uma disciplina do acerto penal, uma exigência segundo a qual, para a imposição de uma sentença

12 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 283-286.)

13 *idem*, p. 283.

14 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, p. 17.

15 (STF, RE 136.239, 1ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, 1992)." (...) com a superveniência da nova Constituição do Brasil proclamou-se, explicitamente (art. 5º, LVII), um princípio que sempre existira, de modo imanente, em nosso ordenamento positivo: o princípio da não-culpabilidade."

16 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 284-285.

condenatória, é necessário provar, eliminando qualquer dúvida razoável, o contrário do que é garantido pela presunção de inocência, impondo a necessidade de certeza.

Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*.

Nesse sentido, a presunção de inocência vincula o conteúdo decisório da sentença de mérito no processo penal. Não havendo comprovação probatória nos autos a qual permita ao magistrado condenar o réu pelo delito sem qualquer dúvida razoável quanto à inocência do réu, o juiz é compelido pelo ordenamento a proferir decreto absolutório. Eis a *ratio legis* das hipóteses de absolvição contidas no art. 386, II, V, VI, 2ª parte, e VII, do Código de Processo Penal¹⁷, que buscam dar força normativa específica ao conteúdo do direito fundamental constitucional da presunção de inocência.

Exsurge da compreensão da presunção de inocência enquanto regra de julgamento também a caracterização da parte acusadora como detentora do ônus da prova em sede de processo penal. O Ministério Público – ou o querelante, na ação penal privada – deve produzir elementos probatórios, sob a regência do contraditório judicial, no intuito de demonstrar efetivamente a ocorrência de determinado fato típico, ilícito e culpável no mundo físico.

A reconstituição nos autos desse fato passado e seus elementos constitutivos juridicamente relevantes é dever da acusação. O fracasso nessa saga processual implica no dever do magistrado de absolver o réu. Ao acusado não recai qualquer dever probatório, a despeito de seu interesse jurídico em demonstrar a improcedência da hipótese acusatória por meio da alegação, *v.g.*, da negação de fato constitutivo do *jus puniendi*.

Não é despidendo ressaltar que o ônus probatório da acusação recai não apenas quanto à autoria e materialidade de aspectos físico-naturalísticos do fato típico (tipicidade da conduta, nexo de causalidade e resultado naturalístico, quando exigível pelo tipo penal), mas também há presunção de inocência no caso de dúvida frente à existência ou não do elemento subjetivo do agente e das excludentes de antijuridicidade e culpabilidade. Dessa maneira, cabe ao órgão acusatório provar efetivamente tanto a ocorrência dos elementos constitutivos do fato típico quanto a inoccorrência (prova de fato determinado negativo), no caso concreto, de configuração das hipóteses "*que excluam o crime ou isentem o réu de pena*", para utilizar a inteligência do art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

Eis justamente o posicionamento de Gustavo Badaró, em edição de seu livro ainda anterior à edição da Lei n. 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 386, VI, do CPP, o qual

17 Art. 386. CPP. *O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: II – não haver prova da existência do fato; V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23 26 e §1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII – não existir prova suficiente para a condenação.*

passou expressamente a prever a fundada dúvida sobre a existência de hipóteses excludentes da culpabilidade e antijuridicidade como conjectura autorizadora da absolvição do réu ¹⁸:

Conforme já visto, o delito, em seu aspecto formal, é o fato típico, antijurídico e culpável. O direito de punir nasce do cometimento de um delito, mas para efetivar-se depende de uma condenação em um processo penal em que sejam verificados todos os seus elementos. Afirmar que o fato constitutivo é somente o fato típico, e considerar as excludentes de ilicitude e de culpabilidade como fatos impeditivos do direito de punir, equivale dizer que o delito é, tão-somente, fato típico, sem qualquer consideração acerca do caráter ilícito desta conduta e da reprovabilidade de seu autor. (...) Na prática, exigir que o acusado prove a existência de eventual causa excludente de ilicitude ou culpabilidade é defender a inversão do ônus da prova. Em consequência, a sentença penal condenatória exige, ao lado da prova dos elementos que integram o tipo penal (fato constitutivo positivo), também a demonstração da inocorrência de uma excludente de ilicitude e de culpabilidade, para que possa surgir o direito de punir estatal (fato constitutivo negativo).

Finalmente, quanto ao terceiro eixo, o da presunção de inocência enquanto regra de tratamento - este o mais relevante para a fundamentação da tese desta monografia -, continua o mestre¹⁹:

Por fim, a presunção de inocência funciona como regra de tratamento do acusado ao longo do processo, não permitindo que ele seja equiparado ao culpado. São manifestações claras deste último sentido da presunção de inocência a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal.

Portanto, tal regra consagra um status de inocente para o réu até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Da notícia-crime até o instante derradeiro da persecução penal não se pode impor ao investigado ou acusado forma alguma de equiparação de sua condição à de um condenado definitivo. Assim, resta juridicamente impossível a existência de uma prisão processual obrigatória (v.g, uma prisão sem pena inafastável a todos os que sejam investigados por crime hediondo até o respectivo julgamento, pois que fatalmente inocentes seriam remetidos ao cárcere sem a democrática fundamentação concreta da necessidade do cárcere, o que é incondizente com sua condição de não-culpado) ou a execução provisória da sanção penal (isso porque se ainda não foi legalmente demonstrada sua culpa com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o acusado ainda tem o direito de ser presumido inocente e, nessa condição, ilógico o início de cumprimento de uma pena, aplicável exclusivamente aos culpados de um delito).

Assim como nas manifestações supramencionadas, pode-se dizer que, justamente por esse *status* de inocência, dependente de um trânsito em julgado de sentença penal condenatória para sua superação, que deve ser amparado em provas suficientes e lícitas,

18 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. ps. 284-285.

19 idem. ps. 285-286.

obtidas num devido processo penal - com tutela efetiva aos direitos da ampla defesa e do contraditório -, nasce o direito subjetivo do acusado a não ser julgado com base em provas inadmissíveis pelo ordenamento e o consequente direito à conservação da cadeia de custódia da prova, como se defenderá posteriormente.

3. A PROVA E O PROCESSO PENAL NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3.1 A concepção da prova e a verdade processual

Para se estabelecer um conceito de prova é necessário primeiramente entender a função do processo penal. Afinal, somente compreendendo o papel desempenhado pelas normas estabelecidas dos ritos para a apuração da responsabilidade penal de alguém é que se pode entender o conceito e a utilidade da prova.

Serviremo-nos sem mais delongas do conceito crítico brilhante da instrumentalidade do processo penal dado por Aury Lopes Jr.²⁰:

É fundamental compreender que a instrumentalidade do processo não significa que ele seja um instrumento a serviço de uma única finalidade, qual seja, a satisfação de uma pretensão (acusatória).

Ao lado dela está a função constitucional do processo, como instrumento a serviço da realização do projeto democrático (...). Nesse viés, insere-se a finalidade constitucional-garantidora a máxima eficácia os direitos e garantias fundamentais, em especial a liberdade individual.

Assim, não se deve temer a caracterização do processo penal enquanto instrumento. A autonomia e independência epistemológicas das normas processuais é muito clara na doutrina e jurisprudência moderna. É função do processo penal, sim, satisfazer a pretensão acusatória, fazer incidir num caso específico a norma penal aplicável, já que neste campo há necessidade de processo para a aplicação de uma sanção penal (*nulla poena sine iudicio*)²¹.

Entretanto, evidente seu papel de tutela dos direitos e garantias fundamentais. Afinal, a evolução das regras processuais, dos modelos arcaicos de apuração da responsabilidade penal até a complexa ritualística acusatória moderna, teve como finalidade, sobretudo, preservar a dignidade de pessoas acusadas e a cessação de injustiças anteriormente perpetradas. São, destarte, esses os propósitos que devem filtrar juridicamente a atuação do Estado em sede de persecução penal.

Consequentemente, a prova deve ser vista por essa mesma ótica, eis que elemento integrante do próprio processo. Não se pode jamais desvirtuar seu significado do sistema de direitos e garantias em que é inserta.

Entre tantos conceitos de "prova", adotaremos o de Nicola Framarino dei Malatesta, por melhor se adaptar às noções epistemológicas e filosóficas necessárias ao debate da temática, para quem "*a prova, em geral, é portanto a relação concreta entre a verdade e o*

20 LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 2ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 66-67.

21 idem. p. 66.

espírito humano nas suas determinações especiais de credibilidade, de probabilidade e de certeza."²²

Essa definição é sobremaneira pedagógica, eis que demonstra a relação de causalidade que está na essência da noção da prova, pois, apesar de não equipará-la à verdade (dos elementos fáticos), demonstra que é por meio dela que se permite aos sujeitos estabelecer os vínculos, de maior ou menor credibilidade, de acesso limitado à verdade. Dessa maneira, a prova é a relação estabelecida entre o espírito humano e a verdade, que possibilita a determinação de que um fato, a depender da qualidade da prova, é provável ou certo.

Entretanto, o próprio Código de Processo Penal não mostra nenhum rigor na utilização do vocábulo "prova", utilizando-o com diferentes significâncias. Para esclarecer esses sentidos, recorramos mais uma vez a Gustavo Badaró²³:

Num primeiro sentido, a prova se identifica com a atividade probatória, isto é, com a produção dos meios e atos praticados no processo visando a convencer o juiz sobre a veracidade ou a falsidade de uma alegação sobre um fato. (...)

Noutra acepção, prova é o resultado da atividade probatória, identificando-se com o convencimento que os meios de prova levaram ao juiz sobre a existência ou não de um determinado fato. (...)

Por fim, também é possível identificar a prova com o meio de prova em si mesmo. Fala-se, por exemplo, em prova testemunhal ou prova por indícios.

Adentremos no tema das provas em síntese oferecida por Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa, para depois navegarmos em suas minúcias epistemológicas²⁴:

Sem dúvida a temática 'provas' é o eixo central do Processo Penal, pois tudo gira em torno delas como instrumento cognitivo e persuasivo. A prova serve, a um só tempo, para buscar a reconstituição (aproximativa e parcial) de um fato passado, histórico, para um juiz 'ignorante' (pois ignora os fatos). É a prova que permite a atividade cognitiva (e não cognitiva, pois indireta) do juiz em relação ao fato histórico (*story of the case*) narrado pela acusação. Ao mesmo tempo tem uma função persuasiva, pois é através dela que se permite a construção do convencimento, da decisão. Por isso, as provas servem para obter a captura psíquica do julgador, para formar sua convicção.

Como visto, os autores elucidam duas abordagens de utilização da prova: a.) enquanto instrumento cognitivo; b.) enquanto instrumento persuasivo. Trataremos de ambos os aspectos, a começar pelo primeiro.

A prova está intimamente relacionada com a busca da verdade. As partes utilizam-se dos meios de prova juridicamente admitidos para tentar reconstituir, em sede processual, os acontecimentos ligados à hipótese acusatória contida na denúncia ou queixa.

22 MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal. 2ª ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1912, p. 84.

23 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 158-159.

24 LOPES JR., Aury. DA ROSA, Alexandre de Moraes. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal.

A prova é essencialmente limitada. Não se pode reproduzir em juízo exatamente aquilo que de fato ocorreu no mundo naturalístico. O que chega aos autos já é produto narrativo dos sujeitos do processo e não o próprio evento em si. Já há então, de um ponto de vista epistemológico, uma certa "subjetivação" do objeto de conhecimento.

Nas palavras de Geraldo Prado²⁵:

A verdade perseguida no curso do processo penal como meta na ultrapassagem de um estado de incerteza para o de certeza não tem uma 'natureza ontológica', tampouco encontra-se acessível para, como em um passe de mágica, conduzir os sujeitos processuais a uma viagem no tempo, ao passado, para perceber os fatos como na realidade ocorreram.

O inúmeras vezes denunciado aspecto complexo do recorte da realidade que se torna objeto do processo penal está associado, como salienta Hassemer, a elementos normativos de ordem penal (particularidades de uma realidade maior), os 'guias' ou 'buscadores', e ao interesse jurídico de que os sujeitos são titulares, no sentido de demonstrar ou refutar a existência destes fatos específicos (tipo de injusto penal ou o alibi), extraídos de um complexo maior (a realidade), operação realizada consoante parâmetros de respeito aos direitos humanos que demarcam o estado de direito.

Ao enxergar a prova nesse sentido, já se descarta o conceito ainda muito propagado pela doutrina brasileira da "teoria da verdade real", pela qual a realidade exata dos fatos deve tomar lugar no processo para que a sentença de ordem penal represente uma "Justiça máxima". Afinal, por essa verdade inabalável e onisciente valeria tudo. Nesse sentido diz Camila Franchitto Cecarelli²⁶:

Tal distinção [entre verdade real e verdade processual] fazia com que se reafirmasse que para bem decidir uma causa penal fosse necessário conhecer a verdade real dos fatos ocorridos. E, para que se obtivesse tal 'verdade', acabava-se por legitimar o uso dos meios de obtenção de prova espúrios e degradantes, como: a tortura, o soro da verdade, a invasão de domicílio, o desrespeito à intimidade do indivíduo com gravações clandestinas de imagens e diálogos etc.

A partir da compreensão da limitação de ordem cognitiva (não existe método epistemológico de infalível cognição dos eventos fáticos) e processual (impedimentos procedimentais próprios do "contexto jurídico"²⁷ da busca da "verdade") do poder de se conhecer efetivamente como, quando e como se deram eventos do passado a partir de seus resquícios do presente (elementos probatórios) é que se apreende a necessidade da adoção da verdade processual para a comprovação da hipótese acusatória. Em sendo impossível o acesso à verdade absoluta, a racionalidade garantista se impõe.

25 PRADO, Geraldo. Ainda sobre a cadeia de custódia das provas. In Boletim do IBCCrim, n. 262, setembro de 2014, p. 35.

26 CECARELLI, Camila Franchitto. Prova ilícita por derivação no direito processual penal brasileiro. 2011, p. 20.

27 A expressão é utilizada pelo jurista Michele Taruffo em seu "La prueba de los hechos". Madrid: Trotta, 2002, p. 90.

Nas palavras do mestre Luigi Ferrajoli²⁸:

A verdade a que aspira o modelo substancialista do direito penal é a chamada *verdade substancial ou material*, quer dizer, uma verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais. (...)

Em sentido inverso, a verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação é, por sua vez, uma verdade *formal ou processual*, alcançada pelo respeito a regras precisas, e relativa somente a fatos e circunstâncias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdade não pretende ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal: está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias de defesa. É, em suma, uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, porém mais reduzida quanto ao conteúdo informativo do que qualquer hipotética 'verdade substancial', no quádruplo sentido de que se circunscreve às teses acusatórias formuladas de acordo com as leis, de que deve estar corroborada por provas recolhidas por meio de técnicas normativamente preestabelecidas, de que sempre é uma verdade apenas provável e opinativa, e de que na dúvida, ou na falta de acusação ou de provas ritualmente formadas, prevalece a presunção de não-culpabilidade, ou seja, de *falsidade formal ou processual* das hipóteses acusatórias.

No contexto da verdade processual, percebemos o papel recognitivo (e não meramente cognitivo) da prova no momento da valoração judicial. Isso porque o objeto de prova não é o fato propriamente dito, mas as alegações acerca dele que são levadas a juízo. Num plano empírico, não faz sentido dizer que os fatos são verdadeiros ou falsos. Essa valoração em juízo de verdadeiro/falso não lhes é aplicável. Eles existiram ou não existiram, somente. Entretanto, no plano do processo, por meio da limitação da linguagem, o que é levado a cabo são os enunciados fáticos, proposições lógicas (racionais) acerca dos fatos emitidas pelos sujeitos do processo, com amparo em elementos probatórios.

É a lição de Gustavo Badaró²⁹:

Os fatos, em si mesmos, são acontecimentos que têm existência no mundo real. O fato ocorreu ou não, existiu ou não, não comportando adjetivações ou valorações. Aquilo que existe na realidade não pode ser verdadeiro ou falso; simplesmente existe. Verdadeiros ou falsos só podem ser nossos conhecimentos, nossas percepções, nossas opiniões, nossos conceitos ou nossos juízos a respeito de um objeto. Os "fatos" debatidos no processo são enunciados sobre os fatos do mundo real, isto é, aquilo que se diz em torno de um fato: é a enunciação de um fato e não o próprio fato. Em consequência, o objeto da prova não é o próprio fato. O que se prova são as alegações dos fatos feitas pelas partes como fundamentos da acusação e da defesa.

É por isso que na síntese de Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Jr fala-se em função recognitiva e não meramente cognitiva do processo. A atividade cognitiva do juiz sobre os fatos penalmente relevantes não se dá de forma direta, mas indiretamente, pois atua sobre os enunciados fáticos alegados pelas partes.

28 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 38.

29 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 159-160.

Toda essa relativização do conhecimento obtido pelo processo não deve, entretanto, significar desistência da busca pela verdade, ainda que sabidamente inalcançável. O processo é indubitavelmente uma entidade epistêmica, instituto jurídico compromissado com apurar a realidade de eventos pretéritos relevantes para a lide, em especial a penal. Abandonar o cognitivismo inerente ao processo democrático é assumir o risco de macular o sistema penal com penosas doses de decisionismo, aspecto do sistema judiciário que acompanhou historicamente os modelos arbitrários de apuração da responsabilidade penal e o direito penal do autor³⁰. Exatamente por isso Ferrajoli ensina que "*se uma justiça penal integralmente 'com verdade' constitui uma utopia, uma justiça penal completamente 'sem verdade' equivale a um sistema de arbitrariedade*".³¹

O ato de produção probatória é teleológico. Ao produzir a prova, cada sujeito processual procura finalisticamente reforçar no ânimo subjetivo do juiz sua convicção acerca dos fatos que alegam. Daí o aspecto persuasivo da prova citado por Moraes da Rosa e Lopes Jr, que não se dissocia do aspecto recognitivo.

Para Geraldo Prado³²:

Com efeito, a definição do *nulla poena sine iudicio* requisita que se compreenda a função (re)cognitiva do processo, assumido como condição para fundamentar a obrigatoriedade da decisão que seja adotada, de modo a cobrar que esteja estruturado e seja capaz de se constituir em terreno jurídico de verificação e refutação das teses antagônicas deduzidas pela acusação e defesa.

O caráter dialético do processo vive disso (...): de ser um dispositivo estruturado para permitir que as partes possam criticamente colaborar para a formação da convicção judicial. De outra maneira, o processo seria desnecessário.

Aparentemente simples, o ensinamento do autor é fundamental para a formulação teórica das bases das "regras do jogo" do processo penal. Não fosse a submissão da hipótese acusatória ao contraditório judicial, com os sujeitos do processo em sua atividade argumentativa e probatória – prova e contraprova –, com a real possibilidade de cooperar e influenciar nas decisões judiciais, estaria morta uma das razões-de-ser do processo. Somente os procedimentos realizados levando efetivamente em consideração a complexidade dessa relação jurídica podem ser elementos fundantes e legitimadores das decisões em sede de processo penal. O juiz que, apesar de imparcial, sentencia de forma hermética, alheio aos elementos cognitivos que lhe apresentam o órgão acusador e a defesa do réu, fere de uma só

30 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 29-73. - Essa é a linha de raciocínio genialmente articulada pelo autor, com seu conhecido rigor teórico e metodológico, ao começar a ensaiar a defesa de sua teoria do garantismo penal, demonstrando a racionalidade da opção pelo cognitivismo ao invés do decisionismo.

31 idem. p. 38.

32 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, p. 19.

vez os direitos constitucionais ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal e inutiliza o aspecto público e democrático da função jurisdicional.

3.2 Dos sistemas de apreciação das provas

Depois de perpassar sobre os aspectos epistemológicos da prova, seguiremos com uma análise mais estritamente dogmática, compreendendo a liberdade conferida pelo ordenamento jurídico-penal ao juiz no trabalho de interpretar como os elementos probatórios revelam a verdade processual dos fatos.³³

Num esforço histórico, a doutrina processualista penal brasileira costuma separar os modos de avaliação da prova em três momentos distintos: I.) o sistema da íntima convicção; II.) o sistema da prova tarifada; III.) sistema da persuasão racional.

Quanto ao primeiro modelo, Renato Brasileiro de Lima ensina:

De acordo com o sistema da íntima convicção, também conhecido como sistema da certeza moral do juiz ou da livre convicção, o juiz é livre para valorar as provas, inclusive aquelas que não se encontram os autos, não sendo obrigado a fundamentar seu convencimento. Esse sistema permite que o magistrado avalie a prova com ampla liberdade, decidindo ao final do processo de modo a aplicar o direito objetivo de acordo com sua livre convicção (*secunda conscientia*), não estando obrigado a fundamentar sua conclusão. A decisão é o resultado da convicção do magistrado, sem que seja necessária a demonstração de razões empíricas que justifiquem seu convencimento, que permite, em tese, que o juiz julgue com base na prova dos autos, sem a prova dos autos, e até mesmo contra a prova dos autos³⁴.

Percebe-se que tal modelo possui alguma adequação ao sistema inquisitivo de aferição de responsabilidade penal, em que o processo não é público e à concepção inquisitória de supremacia – moral e intelectual - do juiz, que naquele modelo cumulava funções de investigação, acusação e julgamento, hoje sabiamente distribuídas entre os sujeitos do proceso. Obviamente não é o modelo adotado em regra por nosso sistema acusatório, tendo em vista a vedação aos órgãos do Poder Judiciário de decisão não fundamentada, além do

33 AVENA, Norberto. *Processo penal* – 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 318 – “Não se considerará como sistema de avaliação de provas neste trabalho as chamadas *ordálias*, que segundo Norberto Avena, firmavam-se na ‘falsa crença de que a divindade intervinha nos julgamentos e que a veracidade dos fatos seria demonstrada com base em sinais externados no mundo terreno a partir da submissão do pretense culpado a determinadas provas corporais dolorosas’. Essa escolha se dá porque nesse sistema sequer há o que se pode chamar de “prova”, no sentido de elementos dos quais se extrai cognitivamente a sucessão histórica de eventos passados penalmente relevantes, mas apenas uma evocação divina estapafúrdia para aferição da autoria e materialidade do delito, como a prova do ferro em brasa, na qual ‘obrigava-se o acusado a transitar descalço sobre uma chapa de ferro em brasa, sendo considerado inocente se nada lhe acontecesse’. Vê-se, então, que tal modelo não buscava epistemologicamente a averiguação dos fatos imputados.”

34 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5ªEd – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 616

aspecto público que deve nortear todos os seus julgamentos, conforme art. 93, inciso IX, da Constituição da República³⁵.

Quanto ao sistema da prova tarifada, preferimos a explicação de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar³⁶:

A lei estipula o valor de cada prova, estabelecendo inclusive hierarquia entre estas, aniquilando praticamente a margem de liberdade apreciativa do magistrado. Cabe à norma, previamente, aquilatar o grau de importância do manancial probatório, restando ao juiz, de forma vinculada, atender ao regramento. Por esse sistema, pode-se estabelecer a prova adequada para demonstrar determinado fato ou ato, fazendo-se antecipada distinção qualitativa entre as provas.

É chamado também "sistema da certeza moral do legislador" justamente por delegar à lei, e não ao julgador, critérios rígidos para a valoração da prova. Frente a determinado conjunto probatório relacionado à hipótese acusatória, o juiz deveria atender aos ditames da lei na sua qualificação e não interpretar racionalmente aquilo que melhor o levaria a alcançar a verdade dos fatos.

Para exemplificar seu funcionamento, Renato Brasileiro de Lima dá exemplos do valor de algumas provas³⁷:

Desse sistema deriva o conceito da confissão como *rainha das provas*, sendo que nenhuma outra prova seria capaz de infirmá-la. Além disso, uma única testemunha jamais seria suficiente para a comprovação de uma afirmação acerca de fato que interessasse à solução da controvérsia posta em juízo (*testis unus, testis nullus* – uma só testemunha não tem valor). Tal regra autorizava uma conclusão absurda: a verdade dita por uma única testemunha não teria valor, na medida em que, de acordo com a lei, um depoimento isolado não tinha qualquer valor; pelo contrário, se uma mentira fosse contada por duas testemunhas acabaria prevalecendo.

Seu maior problema, por evidente, dá-se por conta da irracionalidade de suas disposições, que em vários casos acabava por resultar em apurações errôneas do contexto fático debatido em juízo, não tendo êxito muitas vezes em se conhecer minimamente a realidade fática. É um modelo estanque, engessado, o qual não consegue acompanhar com adequação a complexidade de circunstâncias que podem influir na marcha processual, e ignora a possibilidade da mentira extraída de um acusado pela tortura ou o descompromisso com a verdade em que eventualmente incorrem as testemunhas.

35 Art. 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil: "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".

36 TÁVORA, Nestor e RODRIGUES ALENCAR, Rosmar. Curso de Direito Processual Penal. - 10ª ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 595.

37 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 5Ed – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 617.

Quanto ao terceiro modelo, o sistema da persuasão racional, também chamado sistema do livre convencimento motivado, diz Renato Brasileiro de Lima³⁸:

De acordo com o sistema do livre convencimento motivado (persuasão racional ou livre apreciação da prova), o magistrado tem ampla liberdade na valoração das provas constantes dos autos, as quais têm, legal e abstratamente, o mesmo valor, porém se vê obrigado a fundamentar sua decisão.

Já considerado pela doutrina como o sistema prevalente no Brasil desde a Constituição da República de 1988, com a edição da Lei n. 11.690/2008, o próprio Código de Processo Penal passou a expressamente adotá-lo, com a nova redação de seu art. 155:

Art. 155, CPP. 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.

Assim, confere-se liberdade ao magistrado para interpretar a qualidade das provas conforme o caso, em valoração racional e fundamentada de como elas demonstram a verdade dos fatos, tanto para sentenças de mérito (condenatórias ou absolutórias) quanto para as demais decisões do processo. Quanto aos elementos informativos colhidos na fase preliminar, não devem ser valorados na sentença, como ressaltam Távora e Alencar, "*afinal, não foram passíveis de contraditório nem ampla defesa, e sequer estão no altiplano das provas*".³⁹

Esse sistema de apreciação da prova extraível do art. 155 do CPP, entretanto, deve ser interpretado de maneira coerente com o princípio democrático. Por óbvio, o "livre convencimento motivado" não implica na opção legislativa por decisionismos - atividade judicial marcada pelo subjetivismo, em que o juiz arbitrariamente escolhe o conteúdo de seu provimento à revelia do ordenamento jurídico, o que levaria na realidade basicamente a adoção do sistema da íntima convicção -. Assim o fosse, não faria o mínimo sentido se falar em um Estado (Democrático) de Direito, em que vigora o império das leis e não dos homens. O que é livre é o convencimento do juiz acerca da qualidade das provas produzidas em sede do processo, em oposição ao modelo da prova tarifada, em que o ordenamento já sacramenta *a priori* o valor de cada prova no julgamento da lide. O juiz é livre no sentido de não estar preso a enunciados legais que trancafiam a valoração racional da prova.

E essa liberdade por óbvio não é ilimitada, na medida em que o processo é entidade epistêmica, marcada lógico-racionalmente pela busca da verdade processual. Assim, os elementos probatórios validamente colhidos conforme as regras processuais penais vinculam a decisão judicial em um nível epistêmico, na medida em que, apesar de não corresponder de

38 idem. p. 618

39 TÁVORA, Nestor e RODRIGUES ALENCAR, Rosmar. *Curso de Direito Processual Penal*. - 10ª ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 596.

forma perfeita à realidade físico-naturalística dos fatos passados, essa verdade aproximativa limita o convencimento do juiz, pois não pode compreender os eventos da lide em contrariedade ao que objetivamente – e além de qualquer dúvida razoável – emana do manancial probatório de maneira lógica.

Também esse convencimento é limitado pelo sistema de inadmissibilidade de prova, pelo qual o juiz não pode considerar em sua decisão o conteúdo cognitivo de uma prova ilícita⁴⁰, como será visto em tópico posterior.

Sempre relevante lembrar da inovação do Código de Processo Civil de 2015, aplicável subsidiariamente na falta de regulação específica do CPP quanto ao tema⁴¹, responsável por trazer elementos de controle sobre a fundamentação das decisões judiciais. Em seu art. 489, §1º,⁴² o CPC estabelece *a contrario sensu* o que pode ser considerado como motivação ao exemplificativamente reunir hipóteses em que não se consideram fundamentadas as decisões judiciais, e por conseguinte regula o mandamento constitucional que consagra o direito subjetivo à motivação das decisões. Dessa maneira, com o sistema da persuasão racional, além da inexistência, em regra, de tarifação probatória, por trazer consigo o dever de fundamentação, as decisões no processo penal devem obediência ao conteúdo do art. 489, §1º, do CPC, sob pena de nulidade, conforme art. 93, inciso IX, da CRFB.

Por último, é importante trazer à tona as exceções à regra do livre convencimento motivado, hipóteses em que o ordenamento jurídico especificamente vai de encontro ao sistema da íntima convicção ou da prova tarifada.

40 Art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República Federativa do Brasil – "*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;*"

41 O Superior Tribunal de Justiça entende ser o Código de Processo Civil aplicável subsidiariamente na falta de disposições específicas no Código de Processo Penal por conta da inteligência do art. 3º do último diploma, entendimento com o qual concordamos. A decisão a seguir foi prolatada durante a vigência do CPC de 1973, mas como a redação do art. 3º do CPP segue a mesma, não há razão para se entender que o Egrégio Tribunal decidiria diferentemente com a vigência do CPC/15. "*O art. 3º do Código de Processo Penal admite a aplicação subsidiária e analógica do Código de Processo Civil (...)*." (STJ - Resp 774.079/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ: 17/08/2006, 5ª Turma, publicado em 25/09/2006)

42 Art. 489, §1º. Código de Processo Civil. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

No primeiro caso, a doutrina dá o exemplo do Tribunal do Júri, pois a Constituição da República lhe assegura o sigilo das votações.⁴³ Portanto, aos membros do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri é mandatório o sigilo de seus votos, não havendo possibilidade de fundamentar sua convicção, pois a legislação processual restringe sua competência decisória a "*um singelo 'sim' ou 'não' para cada quesito que lhe for formulado, nos exatos termos do art. 486, caput, do CPP*".⁴⁴

Já quanto à prova tarifada, resquícios desse sistema podem ser encontrados no parágrafo único do artigo 155 do CPP, o qual estabelece que "*somente quanto ao estado das pessoas*⁴⁵ *serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil*". Nesse caso, provavelmente em uma tentativa de harmonização probatória entre os juízos penal e cível, o legislador preferiu tarifar a prova relativa ao estado das pessoas naturais, só admitindo que sejam provados conforme determina a legislação civil. É ceifada, portanto, a possibilidade do juiz admitir a comprovação de fatos relativos ao estado das pessoas por outros meios de prova.

Também se costuma reconhecer o art. 158 do CPP⁴⁶, que estabelece a obrigatoriedade de realização de exame de corpo de delito no caso de infrações penais que deixam vestígios, como exemplo da tarifação probatória em nosso sistema processual penal.⁴⁷

Vemo-nos obrigados a discordar do entendimento majoritário. Isso porque tal hipótese possui conteúdo normativo radicalmente diferente do art. 155, parágrafo único, do CPP. No primeiro caso a legislação é muito clara: só se prova estado das pessoas no processo penal conforme as restrições da lei civil. Já no segundo a inteligência do dispositivo é no sentido da obrigatoriedade da realização do exame de corpo de delito quando a infração deixe vestígios. No entanto, a norma, em momento algum, ao contrário da primeira hipótese, diz que essa será

43 Art. 5º, inciso XXXVIII, Constituição da República Federativa do Brasil – "é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: b) o sigilo das votações;"

44 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 5Ed – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 617

45 CHAVES DE FARIAS, Cristiano ; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB – Volume 1, 11ª ed - Salvador: Ed. JusPodivm, 2013. ps, 364-365. - "Sistematicamente os estados da pessoa são: i) estado individual, que diz respeito à idade (maior ou menor de dezoito anos), à capacidade (capaz ou incapaz, de acordo com os arts. 3º e 4º do Código Civil) e ao sexo (masculino e feminino); estado familiar, denominado comumente de estado civil, referindo-se à situação familiar da pessoa humana, em relação ao matrimônio (casado, solteiro, divorciado ou viúvo) e ao parentesco (mãe, filho, irmãos, sogro, nora, cunhado). (...); iii.) estado político, qualificando a pessoa natural a partir de sua posição frente à nação a que pertence podendo a pessoa ser nacional – nato ou naturalizado – ou estrangeiro."

46 Art. 158, CPP. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

47 Por todos, LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 5Ed – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 618 e TÁVORA, Nestor e RODRIGUES ALENCAR, Rosmar. Curso de Direito Processual Penal. - 10ª ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 596.

a única maneira de provar os delitos não-transeuntes. Tanto é que, "*não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta*" (art. 167, CPP)⁴⁸. Dessa maneira, o que a lei impõe é a obrigatoriedade da realização de coleta de vestígios por meio de um tipo de prova específico (exame de corpo de delito) sempre que possível, devido a seu incrível potencial elucidatório para o alcance da "verdade" dos fatos, configurando inclusive nulidade a sua não-realização (art. 564, III, "b", CPP)⁴⁹. Contudo, nada impede que se prove a materialidade e a autoria do delito por outros meios de prova, ou ainda que elementos probatórios obtidos de outras fontes sejam utilizadas de maneira conjunta ao exame de corpo de delito para compreender as minúcias da infração penal debatida no processo. Não há, portanto, efetiva taxação probatória no que tange à comprovação de infrações que deixam vestígios.

O que o ordenamento jurídico tenta criar nessa hipótese é um *standard* probatório, regra orientadora forte do jogo processual penal enquanto requisito de verificação do fato da causa, estipulando uma etapa necessária para a persecução penal, tendo em vista a maior precisão possível na reconstituição histórica do evento penalmente relevante, tarefa que o legislador julga facilitada pelos elementos probatórios obtidos com o exame de corpo de delito⁵⁰. A lei processual, por conseguinte, por meio desse mandamento probatório, busca lograr maior eficiência na jurisdição penal, na qual o conhecimento da verdade dos fatos, tanto quanto possível, é pressuposto para os escopos processuais.

3.3 Do direito constitucional à prova

A legislação processual penal infraconstitucional não traz, de maneira expressa, a previsão do direito à prova como é feita por parte da legislação processual civil.⁵¹ Entretanto, demonstrar-se-á nesse tópico que ele erige do próprio texto constitucional enquanto direito

48 Para parte da doutrina, a permissão normativa probatória pela via testemunhal para delitos não-transeuntes na impossibilidade do exame de corpo de delito configuraria uma "*prova tarifada relativa*". TÁVORA, Nestor e RODRIGUES ALENCAR, Rosmar. *Curso de Direito Processual Penal*. - 10ª ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 596. No mesmo sentido, AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado* – 2ª ed. São Paulo: MÉTODO, 2010. p. 480.

49 Art. 564, Código de Processo Penal. "*A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: b) o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no art. 167;*"

50 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, p. 39-40.

51 Art. 369, Código de Processo Civil. *As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.*

fundamental. A despeito de não haver controvérsia efetiva alguma a respeito desta questão, opta-se por tal via por preciosismo dogmático na eleição das premissas da tese deste trabalho.

A Constituição da República Federativa do Brasil traz em suas previsões fundamentais, em seu art. 5º, o direito ao acesso à jurisdição justa (inciso XXXV), ao devido processo legal (inciso LIV), à ampla defesa (inciso LV) e à inadmissibilidade das provas ilícitas (inciso LVI).⁵² Esse direito subdivide-se em quatro níveis não de todo separáveis a depender do inciso considerado, mas que expressam, conjuntamente, todo seu conteúdo material.

Primeiramente, a dimensão do direito à prova em relação à teoria da inadmissibilidade. Se no processo, inclusive o penal, não são admitidas em seu bojo as provas obtidas por meios ilícitos, significa dizer que o acusado de um crime tem o direito subjetivo a ser denunciado e julgado apenas pelas provas que foram obtidas por meios lícitos.⁵³ É uma garantia democrática intransponível, é direito fundamental encontrado na interpretação *a contrario sensu* via art. 5º, inciso LVI, da Constituição.

Num segundo momento, agora referindo-se ao direito à ampla defesa, nasce também o direito do acusado em sede de processo penal de se utilizar de todos os meios e recursos inerentes à ampla defesa. É indubitável que a possibilidade de produção probatória se insere dentro desses instrumentos de viabilização do direito à ampla defesa, por meio da qual o acusado e seu defensor poderão contraditar a hipótese acusatória e demonstrar eventual ausência de autoria e materialidade ou a existência de causas de diminuição de pena, de circunstâncias atenuantes ou excludentes de culpabilidade e antijuridicidade, por exemplo. Nesse núcleo, o direito à prova pode ser considerado decorrente do direito à ampla defesa.

O direito à produção de elementos probatórios especificamente também pode ser considerado extensão do próprio direito ao devido processo legal, na medida em que para ser retirada a liberdade de alguém num Estado Democrático de Direito é fundamental que se preste obediência à tipicidade processual penal, à ordem dos procedimentos e à proporcionalidade inerente aos ritos para que não sejam aplicados de maneira desarrazoável

52 Art. 5º, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: "XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;"

53 Disso resulta bem que os sujeitos processuais e toda a sociedade têm, ao menos, um interesse jurídico na existência de uma jurisdição que preze pelo zelo à obtenção e à guarda da prova, como se falará posteriormente. Neste momento, entretanto, o foco está no acusado de um processo penal e suas garantias no plano de um Estado Democrático e por isso nos referimos apenas ao direito à prova de maneira específica.

num caso concreto. Assim, a prova é uma das expressões do superprincípio do devido processo legal e também pode ser entendida como fundamentada nele.

Por fim também é lógico considerar o direito de prova como consectário necessário do direito de ação (art. 5º, inciso XXXV, Constituição da República). Afinal, em qualquer processo judicial é impensável o acesso a uma ordem jurídica justa se esta não estiver compromissada com a ampla liberdade probatória das partes – tanto a do polo ativo processual, no exercício de seu direito de ação, como a do polo passivo, em seu direito de exceção – para que os sujeitos processuais efetivamente possam comprovar suas alegações e fazer valer seus direitos.⁵⁴

Lembrando que direito à prova aqui não se resume à produção probatória, mas como ensina Camila Franchitto Cecarelli⁵⁵:

Assim, pode-se afirmar que o direito à prova desdobra-se nos direitos à proposição da prova pelas partes, à sua admissão pelo Magistrado, à produção probatória quando da instrução processual e à valoração dos elementos de prova, no momento da decisão judicial.

3.4 Dos limites ao direito de prova: a inadmissibilidade de elementos probatórios obtidos por meios ilícitos

O direito à prova não é ilimitado. Não se coloca o direito das partes à prova – em todas as suas dimensões – como absoluto ou irrestrito, porque não pode ser invocado como escudo para a prática de ilícitos ofensivos a outros direitos constitucionalmente protegidos. Os direitos fundamentais são complementares e devem ser lidos conforme o espírito constitucional de pretensão à máxima harmonia de suas disposições.

No contexto de busca pela verdade processualmente atingível, o devido processo legal e os direitos fundamentais dos sujeitos moldam juridicamente os limites das partes na produção probatória. Tais limites são legitimados na medida em que, por razões de política criminal, tutelam liberdades públicas, operando a tipicidade processual como garantia do cumprimento das expectativas razoáveis dos cidadãos em sede de Estado Democrático de Direito.

Nas palavras exatas de Hélio Bastos Tornaghi⁵⁶:

54 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 84. “o direito à prova é ‘verdadeiro direito subjetivo à introdução do material probatório no processo, bem como de participação em todas as fases do procedimento respectivo; direito subjetivo que possui a mesma natureza constitucional e o mesmo fundamento dos direitos de ação e de defesa.’”

55 CECARELLI, Camila Franchitto. *Prova ilícita por derivação no direito processual brasileiro*. p. 24.

56 TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 1991, v. I, p. 302.

As limitações ao princípio da liberdade de prova baseiam-se no fato de a lei considerar certos interesses de maior valor que o da prova de um fato, ainda que ele seja ilícito. Razão de política criminal ou processual.

Nesse sentido, *v.g.*, o ordenamento prefere valorizar o segredo ministerial, corolário do direito constitucional à liberdade profissional⁵⁷ relativa a alguns ofícios, primando pela confiabilidade e dignidade de seu exercício, do que sua relativização em prol de uma busca pela prova digna de um contexto de aceitação conceitual da verdade real.⁵⁸

Relativamente a essa temática, há a classificação doutrinária, que ora se faz útil, em provas ilícitas e provas ilegítimas, criada por Pietro Nuvolone. Segundo Renato Brasileiro de Lima⁵⁹, elas são espécie do gênero provas ilegais:

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

A prova será considerada ilícita quando for obtida através da violação de regra de direito material (penal ou constitucional). Portanto, quando houver a obtenção de prova em detrimento de direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo, a prova será considerada ilícita.(...)

Do seu turno, a prova será considerada ilegítima quando obtida mediante violação à norma de direito processual.

Ilustra-se a diferenciação supramencionada da seguinte maneira. Um exemplo de prova ilícita é a obtenção de registro de áudio de ligações de celular efetuadas entre dois investigados por meio de interceptação telefônica sem a devida autorização judicial, e portanto contrariamente aos ditames da Lei n. 9.296/96. Dessa maneira o futuro elemento probatório foi obtido com a violação ao direito da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, direito fundamental garantido pelo art. 5º, inciso XII, da Constituição da República.⁶⁰ Resulta dessa ilicitude probatória sua inadmissibilidade em qualquer espécie de processo (art. 5º, inciso LVI, da Constituição), devendo ser, portanto desentranhada dos autos (art. 157, caput, CPP) 61.

57 Art. 5º, inciso XIII, Constituição da República Federativa do Brasil – "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer"

58 É nesse contexto de compreensão dos limites democráticos ao direito de prova que o art. 207 do CPP se encontra, ao rezar que "são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho".

59 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 5Ed – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 621

60 Art. 5º, inciso XII, Constituição da República Federativa do Brasil – "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;"

61 Art. 157, CPP. "São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais." Embora o Código relacione a prova

Um exemplo de prova ilegítima seria o depoimento de uma testemunha obtido em juízo com a totalidade da inquirição realizada diretamente pelo juiz, sem espaço para perguntas das partes, em violação clara ao procedimento estipulado no art. 212 do Código de Processo Penal.⁶² Há portanto contrariedade a conteúdo de norma processual, com o rito de produção da prova desrespeitado. A prova é, portanto, dita ilegítima e a consequência jurídico-processual de sua existência é a submissão ao regime de nulidades - arts. 563 a 573, do CPP -, diferentemente do que ocorre com a prova ilícita, que se submete ao "regime da inadmissibilidade" – art. 157 do CPP -.

Conforme ensina Camila Franchitto Cecarelli⁶³, contextualizando a diferença entre provas ilícitas e ilegítimas inclusive quanto ao momento dentro do processo no qual surge cada uma das ilegalidades:

(...) nas provas ilícitas a ilegalidade advém de sua obtenção, enquanto nas provas ilegítimas a invalidade advém de sua produção. Os impeditivos legais surgem em momentos diversos em cada uma delas. Além disso, a consequência de tais vícios também se mostra variada: as ilícitas não são admitidas no processo e caso nele sejam inseridas deverão ser desentranhadas dos autos. Já as provas ilegítimas deverão ser refeitas sem o vício anterior e serão, então, plenamente válidas.

Portanto, em que pese tanto a prova ilegítima quanto a ilícita serem ilegais, submetem-se a diferentes regimes de "contrariedade ao direito", pois que diversas as manifestações de sua antijuridicidade e o ordenamento, sabiamente, separa seus efeitos jurídicos.

Para finalizar o tópico, importante também tratar, ainda que resumidamente, da ilicitude probatória por derivação, a famosa "*fruits of the poisonous tree doctrine*" (teoria dos frutos da árvore envenenada), desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos⁶⁴ e

ilícita com a obtida com violação a normas constitucionais ou legais (assemelhando-se ao conceito de prova ilegal) e não traga necessariamente o conteúdo da norma violada (se de natureza material ou processual), entendemos que a classificação de Nuvolone persiste como a melhor opção na definição das consequências jurídicas de cada tipo de prova ilegal, até para a manutenção de uma lógica sistemática quanto à antijuridicidade probatória. Assim, numa interpretação sistemática, restaria implícito no caput do art. 157 do CPP que as normas constitucionais ou legais violadas devem ter natureza material.

62 Art. 212, CPP. "As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição."

63 CECARELLI, Camila Franchitto. Prova ilícita por derivação no direito processual brasileiro. p. 34.

64 A decisão pioneira na Suprema Corte estadunidense sobre a teoria foi dada, ainda antes da criação desta nomenclatura, no julgamento da lide *Silverthorne Lumber Co vs. US* (1920). Neste caso, os réus foram presos por desobedecerem à ordem de Corte local para que entregassem livros da empresa, alegando em sua defesa o direito à privacidade assegurado pela 4ª Emenda à Constituição estadunidense. Após sua prisão, representantes do Departamento de Justiça apreenderam os livros contábeis sem a autorização judicial (warrant) necessária. Apesar de ter sido determinada e cumprida a devolução dos documentos empresariais, foi utilizada no processo penal contra os acusados cópias desses livros, o que acabou resultando em condenação criminal. Assim, a Suprema Corte entendeu que as cópias são provas ilícitas por derivação, já que, ainda que elas em si foram obtidas sem violação a direito algum, só chegaram ao conhecimento da acusação graças aos livros originais, dos quais são causalmente derivados, estes últimos obtidos com violação ao direito à privacidade. Assim, as provas lícitas derivadas diretamente de provas ilícitas estariam

adotada por nosso sistema de ilegalidade probatória, conforme se apreende dos parágrafos do artigo 157 do CPP.

A ideia básica da teoria é de que todas as provas cujo conhecimento dependa diretamente de provas ilícitas também são maculadas pelo vício das últimas. Ou seja, o elemento probatório obtido por meios ilícitos, na analogia da teoria, é como uma árvore venenosa. Por possuir essa natureza, qualquer de seus frutos também será venenoso, pois carrega em sua essência as propriedades básicas da árvore da qual é fruto. Na analogia, os frutos são as provas derivadas do elemento probatório ilícito. Como são consequência de um ilícito e diretamente dele nascem, não podem ter outra natureza que não a anti-jurídica, trazendo portanto as mesmas consequências processuais da prova ilícita em si.

Renato Brasileiro de Lima⁶⁵ leciona com um elucidador exemplo:

(...) suponha-se que alguém tenha sido constrangido, mediante tortura, a confessar a prática de um crime de homicídio. Indubitavelmente, essa confissão deverá ser declarada ilícita. Pode ser que, dessa prova ilícita originária, resulte a obtenção de uma prova aparentemente lícita (v.g. localização e apreensão de um cadáver). Apesar da apreensão do cadáver ser aparentemente lícita, percebe-se que há um nexo causal inequívoco entre a confissão mediante tortura e a localização do cadáver. Em outras palavras, não fosse a prova ilícita originária, jamais teria sido possível a prova que dela derivou. Nessa linha de pensamento, é possível concluir que a ilicitude da prova originária transmite-se, por repercussão, a todos os dados probatórios que nela se apoiem, ou dela derivem, ou, finalmente, nela encontrem o seu fundamento causal.

Essa exatamente é a inteligência do art. 157, §1º, do Código de Processo Penal⁶⁶, que, entretanto, conjuntamente com o §2º, traz duas exceções que restringem o campo de incidência da teoria dos frutos da árvore envenenada em nosso processo penal.

A primeira exceção é quando não se evidencia o nexo de causalidade entre as provas ilícitas e as provas dela derivadas. Hipótese paradoxal, já que não vislumbramos possibilidade de que uma prova derive de outra sem que haja nexo de causalidade. Assim, quando não há esse nexo causal, em verdade não há sequer prova derivada da ilícita, pelo que entendemos haver notória falha técnica por parte do legislador em tal hipótese.

contaminadas pela mácula da ilegalidade da primeira e não subsistiriam a um exame de licitude. Quase cem anos depois do *case*, a Suprema Corte já mitigou utilitariamente seu conteúdo em muitas decisões posteriores (ex.: *Hudson v. Michigan*, de 2006), criando diversas exceções e restringindo cada vez mais seu alcance e parecendo progressivamente buscar afastar a incidência das *exclusionary rules* (regras de exclusão de provas ilícitas do processo) e se contentando com a mera responsabilização de agentes policiais pela violação aos direitos constitucionais no momento de obtenção da prova.

65 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5Ed – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 625-626

66 Art. 157, 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.

A segunda exceção expressa é a da fonte independente. Segundo Renato Brasileiro⁶⁷:

(...) se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde qualquer relação de dependência, nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vínculo causal, tais dados probatórios são admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

A teoria da fonte independente (*independent source doctrine*) afasta a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada até como consequência analítica lógico-formal, pois acaba-se por quebrar o nexos de causalidade que *a priori* macula a prova que deriva da ilícita. Isso porque se a partir de uma outra fonte de prova (lícita) chegou-se ao dado probatório que era elemento cognitivo apreendido da prova ilícita, houve um novo caminho, um novo rastro probatório lícito que possibilitou, na conformidade das regras processuais penais, o conhecimento de informação com potencial de elucidação do fato passado penalmente relevante.

E mais: como o §2º do art. 157 do CPP considera como fonte independente também aquela que "*seria*" capaz de conduzir ao fato objeto da prova, impossível não entender como mais uma hipótese de exceção a chamada teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery*), também desenvolvida pela Suprema Corte estadunidense e adotada por nosso Código.

Afinal, uma coisa é a efetiva fonte independente que foi verdadeiramente capaz de conduzir ao fato objeto do enunciado fático levado a juízo, outra é a consideração hipotética de que, tendo como parâmetro os "trâmites típicos e de praxe" próprios da investigação ou instrução criminal, inevitavelmente, num futuro hipotético, descobrir-se-ia o elemento probatório que deriva de prova ilícita.

Por fim, mais uma vez valhamo-nos da didática do professor Renato Brasileiro⁶⁸:

Com efeito, pela própria redação do §2º do art. 157 do CPP, empregando o verbo no condicional, percebe-se que nem mesmo seria necessário que a prova derivada tivesse sido efetivamente conseguida a partir de uma fonte autônoma e regular de prova (teoria da fonte independente), bastando que houvesse uma mera possibilidade disso ("seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova"). Inequívoca, pois, a adoção da limitação da descoberta inevitável.

67 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5Ed – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 628.

68 Idem, p. 630.

4. A CADEIA DE CUSTÓDIA

4.1 Sobre o conceito de cadeia de custódia e a preservação da "mesmidade" probatória

Poucos são os manuais de Direito Processual Penal brasileiros que chegam a abordar a cadeia de custódia, tema familiar à persecução penal estadunidense. Com o julgamento do HC 160.662/RJ pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça e o livro "Prova penal e sistema de controles epistêmicos – A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos", de Geraldo Prado, a problemática passou a ser pauta presente na comunidade jurídica, em especial entre os processualistas penais.

Basicamente a cadeia de custódia é o registro formal (documental) de toda a trajetória da evidência, desde sua coleta no local do delito após atuação dos peritos até sua posterior apreciação por parte do juiz da causa. "Cadeia", como empregado na expressão, possui a significância de encadeamento, continuidade; "custódia" refere-se à vigilância, tutela, guarda. Representa portanto todos os elos cronológicos da prova sob a tutela do aparato estatal.

Seu objetivo, em resumo, é justamente aquele que é buscado também pela norma do art. 6º, inciso I, do CPP, quando prescreve à autoridade policial que providencie para que "*não se alterem o estado e conservação das coisas*"⁶⁹. Sua missão é preservar o valor epistêmico e jurídico do conteúdo probatório, para que a prova obtida tão rapidamente quanto possível após a infração penal não seja adulterada ou danificada e perca seu valor cognitivo de desvendar os eventos do passado.

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima⁷⁰:

A cadeia de custódia das provas consiste, em termos gerais, em um mecanismo garantidor da autenticidade das evidências coletadas e examinadas, assegurando que correspondem ao caso investigado, sem que haja lugar para qualquer tipo de adulteração. Funciona, pois, como a documentação formal de um procedimento destinado a manter e documentar a história cronológica de uma evidência, evitando-se, assim, eventuais interferências internas e externas capazes de colocar em dúvida o resultado da atividade probatória

Entenda-se tal instituto como consectário necessário do acesso à uma ordem jurídico-penal justa, pois é fundamental que a prova juntada aos autos e efetivamente considerada pelo magistrado em suas decisões – em especial as que envolvam o próprio mérito da ação penal – seja exatamente a mesma que foi coletada no local do delito. Assim, só se atende aos pressupostos de um sistema penal democrático orientado pela verdade processualmente

69 Art. 6º, CPP. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I – dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

70 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 5Ed – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 604.

atingível se com o registro da trajetória da evidência, como forma de comprovar sua autenticidade e fiabilidade para a atividade jurisdicional penal.

Nesse sentido percebe-se que, de forma ampla, a cadeia de custódia e o interesse em sua preservação possui mais proximidade com o objetivo de atingir decisões justas, pois detentoras de maior credibilidade probatória, notório pressuposto de legitimação do sistema de justiça penal estatal. É mecanismo de aperfeiçoamento da qualidade do que é decidido em sede de processo penal, e não apenas um direito da defesa ou interesse jurídico do órgão acusatório. Afinal, o prestígio da prova com o incremento de seu valor probatório conferido pela cadeia de custódia protege o processo contra manipulações antijurídicas tanto com o propósito de forjar a incriminação de inocentes quanto com o intuito de induzir a erro os sujeitos do processo para que não seja responsabilizado o indivíduo efetivamente autor da infração penal.

Obviamente, não só contra a manipulação humana atua a preservação da cadeia de custódia. A depender do tipo de evidência, é importante que ela seja conservada em condições ambientais (temperatura, pressão atmosférica, umidade) as quais não atentem contra suas propriedades físico-químicas. Dessa maneira, por exemplo, o sêmen coletado em exame de corpo de delito no caso de investigação por agressão sexual masculina configuradora do crime de estupro (art. 213 do Código Penal) deve ser adequadamente custodiado pelos agentes estatais responsáveis para que seja possível, posteriormente, a realização de exame de DNA para descobrir a quem pertence o material genético daquele líquido espermático.

Como imperativo da presunção de inocência, cabe à acusação comprovar processualmente todos os fatos constitutivos de seu *jus puniendi* para que se possa responsabilizar penalmente alguém. Assim, também ao órgão acusatório cabe o dever de comprovar a preservação da cadeia de custódia de prova que prejudique o réu, pois somente com tal demonstração nos autos ou em juízo é que se pode minimamente conceber o valor de uma prova. A presunção de inocência milita em favor da absolvição em caso de impossibilidade de comprovação da trajetória da evidência.

Ensina, nesse sentido, Geraldo Prado⁷¹:

(...) constitui obrigação da acusação estabelecer a cadeia de custódia de provas, identificando-se os elos entre as diversas atividades que compõem o procedimento probatório para aferir o valor probatório da informação obtida.

Continua o mestre, explicitando a *práxis* estadunidense quanto à cadeia de custódia⁷²:

71 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. p. 81.

72 Idem, p. 81.

No direito norte-americano, com maior experiência em práticas processuais orientadas à redução da complexidade em relação à concreta garantia da proibição da prova ilícita, constitui obrigação da acusação estabelecer a cadeia de custódia de provas, identificando-se os elos entre as diversas atividades que compõem o procedimento probatório para aferir o valor probatório da informação obtida.

Por mecanismo redutor de complexidade de garantia constitucionalmente assegurada, o especialista no tema quer fazer menção a instrumentos e institutos jurídicos que buscam dar força normativa a direitos abstratamente conferidos no texto constitucional. Portanto, a cadeia de custódia, assim como as *exclusionary rules* do direito estadunidense, por exemplo, concretizam a previsão do direito a não ser acusado por provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República), pois o registro da história cronológica da evidência inclui o instante ou o processo de sua obtenção, momento juridicamente relevante para a definição da licitude ou ilicitude do elemento probatório.

A relação buscada entre a prova obtida no local do crime e a que posteriormente será apreciada pelo juiz por meio da preservação da cadeia de custódia é a de "*mesmidade*". A ideia de *mesmidade* – termo do espanhol sem exato vocábulo correspondente na língua portuguesa – é a de correspondência exata entre dois objetos. No caso a *mesmidade* almejada é relativa ao elemento probatório, buscando-se, tanto quanto possível, a equivalência identitária nos dois momentos persecutórios penais supramencionados.

Geraldo Prado, citando Juan Carlos Urazán Bautista⁷³, ensina:

Daí, sublinha o Diretor do Centro de Estudos da Fundação Lux Mundi, em Bogotá, a cadeia de custódia fundamenta-se no princípio universal de 'autenticidade da prova', definido como 'lei da mesmidade', isto é, o princípio pelo qual se determina que "o mesmo" que se encontrou na cena [do crime] é o "mesmo" que se está utilizando para tomar a decisão judicial.

Indubitavelmente, a necessidade de manutenção de cadeia de custódia possui caráter imperativo por ter conteúdo normativo implícito na vedação à prova ilícita e nos direitos constitucionais ao devido processo legal e à ampla defesa – normas também asseguradoras implícitas da garantia do direito à prova.⁷⁴

Entretanto, sua natureza jurídica específica é a de *standard* probatório: norma objetiva delimitadora de um padrão mínimo de juridicidade à prova. É requisito obrigatório para que a prova alcance valor processual e cognitivo dentro da sistemática da persecução penal.

Nas palavras de Geraldo Prado, citando Alberto Binder⁷⁵:

Como sublinhou Alberto Binder, (...) a tarefa de construção da verdade no processo penal, sob o estado de direito, está ordenada por meio de requisitos de verificação

73 PRADO, 2014 apud BAUTISTA, 2014, p. 16.

74 Esse tema é melhor tratado no Capítulo 4, quando se fala sobre as fundamentações jurídicas das consequências jurídico-processuais em sentido estrito da quebra de cadeia de custódia

75 PRADO, 2014 apud BINDER, 1992, p. 39-40.

dos fatos da causa, conforme standards probatórios ("regras orientadoras fortes") que tenham a capacidade de limitar a discricionariedade, em um procedimento complexo que precede a tomada de decisão, de acordo com diferentes etapas e dimensões, a saber: a análise da legalidade da prova, a determinação de sua pertinência e utilidade, o "peso" das distintas proposições e a construção do relato judicial de justificação da escolha procedida.

Nesse sentido, dizer que a cadeia de custódia atua como *standard* probatório é ressaltar que a discricionariedade judicial na apreciação da prova conforme o livre convencimento motivado encontra limitação epistêmica. A comprovação do valor de um elemento probatório depende necessariamente da inexistência de dúvida razoável quanto a sua mesmidade em relação ao que foi coletado na cena do crime. O juiz não possui liberdade para, em nosso sistema acusatório democrático regido pela presunção de inocência e pela verdade processual, condenar ou absolver qualquer réu fundamentando sua decisão em prova cuja procedência e credibilidade não se demonstram, pois tal elemento probatório não possui a juridicidade exigida por um *standard* probatório de nosso devido processo legal. Não passa, portanto, pelo filtro epistêmico de construção do conhecimento de fato passado penalmente relevante lógica e processualmente válidos.

Como consequência na *práxis* jurídica do respeito à preservação da cadeia de custódia, deixa-se de depender da mera declaração – muitas vezes implícita - da parte que trouxe à prova a juízo sobre sua mesmidade e um decisionismo judicial sobre a boa-fé ou má-fé relativa ao testemunho da parte e passa-se a respeitar critérios objetivos e mais seguros para o acerto da decisão.

Nas palavras de Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa⁷⁶:

Não se trata de presumir a boa-fé, nem a má-fé, mas sim de objetivamente definir um procedimento que garanta e acredite a prova independente da problemática em torno do elemento subjetivo do agente. A discussão acerca da subjetividade deve dar lugar a critérios objetivos, empiricamente comprováveis, que independam da prova de má-fé ou 'bondade e lisura do agente estatal.

Do contrário, ficaremos sempre na circularidade ingênua de quem, acreditando na 'bondade dos bons' (Agostinho Ramalho Marques Neto), presume a legitimidade de todo e qualquer ato de poder, exigindo que se demonstre (cabalmente, é claro) uma conduta criminosa e os 'motivos' pelos quais uma 'autoridade' manipularia uma prova... Eis a postura a ser superada.

Entendemos que o raciocínio dos autores, construído baseando-se na hipótese de delito cuja ação penal é pública, também se aplique para o caso da ação penal privada. Isso porque a presunção de inocência e os ônus probatórios da acusação são imperativos a qualquer processo penal, independentemente daquele que exerça a ação penal. Assim, *v.g.*, se o

76 LOPES JR., Aury. DA 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>

querelante falha em comprovar o método de coleta de determinado elemento probatório e sua trajetória até a apresentação em juízo e dúvida razoável paire sobre a licitude de seu método de obtenção, tal situação jurídica milita em favor do réu, devendo a prova ser considerada inadmissível no processo pela inocorrência de comprovação processual de licitude do meio de obtenção da prova.

Por fim, é importante notar os efeitos psicológicos possíveis que poderão ser causados a partir da estrita observância das regras relativas ao controle probatório por parte dos tribunais. Um Judiciário atuante e convicto da essencialidade da preservação da cadeia de custódia para os escopos do processo pode causar um efeito dissuasório ("*deterrent effect*") sobre as agências estatais de persecução penal, as quais estarão cientes das consequências jurídicas da ilegalidade de sua conduta que adultera a prova⁷⁷.

4.2 Do direito de rastrear as fontes de prova

Como demonstrou-se no capítulo 2.4 deste trabalho, é inegável a existência de um direito constitucional à prova, extraível das previsões do art. 5º de nossa *Lex Mater*, relativas ao direito ao acesso à jurisdição justa (inciso XXXV), ao devido processo legal (inciso LIV), à ampla defesa (inciso LV) e à inadmissibilidade das provas ilícitas (inciso LVI).

Entretanto, é possível também inferir-se um direito a rastrear as fontes de prova, cujo conteúdo decorre mais especificamente da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Antes de desenvolver o raciocínio jurídico referente à fundamentação legal de tal direito, é importante conceituar os termos seguintes: a) fonte de prova; b) meio de investigação de prova; c) meio de produção de prova.

De acordo com Renato Brasileiro de Lima, meios de prova são "*os instrumentos através dos quais as fontes de prova são introduzidas no processo*"⁷⁸.

Consoante Márcio Geraldo Britto Arantes Filho, fonte de prova "*é expressão utilizada para designar pessoa ou coisa, da qual se podem extrair dados objetivos, informações relevantes para investigação ou processo*".⁷⁹

Para separar conceitualmente tais institutos, nada melhor que a lição de Gustavo Badaró⁸⁰:

77 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. p. 92.

78 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 5Ed – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 589.

79 ARANTES FILHO, 2011. p. 31.

Assim, a testemunha de um fato é a fonte de prova, enquanto suas declarações em juízo são o meio de prova. O documento é uma fonte de prova, a sua incorporação ao processo é o meio de prova. O livro contábil é a fonte de prova, enquanto a perícia contábil é o meio de prova.

Por fim, sobre meios de investigação de prova, ensina Márcio Geraldo Britto Arantes Filho⁸¹:

Os meios de investigação de prova, a nosso ver, são instrumentos jurídico-processuais por intermédio dos quais é possível a descoberta e o sucessivo registro da existência das fontes de prova. (...) As buscas, as interceptações de comunicações e a infiltração de agentes, por exemplo, são espécies destes meios.

O direito de rastrear as fontes de prova é expressão do próprio direito a não ser acusado por provas obtidas de maneira ilícita. Isso porque quase nunca é possível identificar a ilicitude da obtenção de um elemento probatório baseando-se apenas naquilo que é apresentado em juízo, já que selecionado pelo próprio órgão acusatório. É preciso que a parte adversa possa percorrer cognitivamente toda a trajetória realizada pela prova, desde a sua obtenção a partir de sua "extração" da própria fonte de prova até o momento em que é introduzida ao jogo processual através do meio de prova. Caso contrário, o direito constitucional de vedação de utilização de prova ilícita seria meramente retórico. A cadeia de custódia, portanto, permite que a parte exerça seu direito de rastrear a fonte de prova e averiguar a juridicidade probatória dos meios utilizados pelo órgão acusatório.

Nas palavras de Geraldo Prado⁸²:

Não custa sublinhar que apenas inadvertidamente eventual autor de ilicitudes probatórias permitiria a chegada ao processo de traços das referidas ilicitudes.

Por isso, o exame da legalidade da investigação criminal concentrado com exclusividade no material apresentado pelo acusador em juízo é, de regra, inócuo ou no mínimo insuficiente. (...)

O filtro processual contra provas ilícitas depende do rastreamento das provas às fontes de prova (elementos informativos) e a ilicitude probatória, direta ou por derivação, é mais facilmente detectável na sequência deste rastro produzido entre as fontes de prova e os elementos (meios) probatórios propriamente ditos.

Portanto, a cadeia de custódia é, efetivamente, mecanismo garantidor do direito de rastrear as fontes de prova. Consequentemente, como se demonstrará adiante, a quebra da cadeia de custódia tem como consequência, do ponto de vista dos direitos subjetivos dos sujeitos do processo – pois há também implicações jurisdicionais não exatamente ligadas a direitos das partes - a lesão a este direito fundamental, configurando de forma indubitável uma ilicitude das mais graves no âmbito do processo penal.

80 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 166.

81 ARANTES FILHO, 2011. p. 36.

82 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. p. 48 e 57.

4.3 A Portaria 82/SENASP e a regulamentação do instituto no Brasil

Em 16 de julho de 2014 a SENASP (Secretaria Nacional de Segurança Pública), órgão até então integrante do Ministério da Justiça, expediu sua Portaria 82, estabelecendo "*as diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios*". A partir de tal ato administrativo, pode-se afirmar que há uniformização nacional quanto aos procedimentos relacionados à preservação do vestígio.

Os procedimentos em sentido estrito referentes à cadeia de custódia constam no anexo I da norma, que a define como sendo "*o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até seu descarte*".

As etapas do procedimento são estabelecidas de maneira genérica a qualquer espécie de vestígio, não buscando portanto a norma exaurir os cuidados específicos de cada material possível encontrado no local do crime. Entretanto, a busca pela preservação da mesmidade probatória é intensa, com o registro minucioso de cada manipulação do vestígio pelos peritos, sempre com a anotação respectiva do responsável por manuseá-lo, além da data, horário e local da atividade com o material sob custódia.

Há preocupação notória com a identificação do vestígio, tanto para que não seja substituído intencionalmente por terceiro com o propósito de induzir os sujeitos processuais a erro, ou mesmo para não haver a troca culposa de um vestígio por outro por parte dos peritos criminais. Por exemplo, na fase de fixação, há a completa descrição do vestígio da maneira como se encontra no local do crime ou no corpo de delito, com o registro da exata localização em que foi encontrado, se possível, por meio de fotografias, filmagens ou croqui⁸³.

Há regras também sobre a maneira de manusear o vestígio para que os impactos em suas propriedades sejam os menores possíveis, com a delimitação das pessoas autorizadas (em regra, peritos criminais) e estabelecimento da necessidade de utilização de equipamentos de proteção individual e materiais específicos a depender da espécie do vestígio⁸⁴.

Assim, com a instituição desse ato normativo pela SENASP, que é de natureza obrigatória para os peritos criminais, resta possível ao magistrado e aos demais sujeitos processuais a conferência da história da trajetória do vestígio efetivamente registrada pelos responsáveis com as abstratas previsões da norma. Caso de fato haja desrespeito às diretrizes

83 SENASP, 2014, Tópico 1.5, "b", do Anexo I.

84 SENASP, 2014, Tópico 3, Anexo I ("Do manuseio do vestígio").

procedimentais, resta comprovada a quebra da cadeia de custódia, cujas consequências serão analisadas no capítulo posterior.

5. DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-PROCESSUAIS DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA

5.1 Fundamentação jurídica dos impactos processuais da quebra de cadeia de custódia: imperativo epistêmico, inadmissibilidade probatória e presunção de inocência

A quebra da cadeia de custódia (*break on the chain of custody*) é o nome do fenômeno que se caracteriza quando há uma ruptura fática do caminho ideal que deveria ter sido percorrido pela evidência de maneira a preservar sua mesmidade.

Consoante Geraldo Prado, considerando que os métodos de investigação costumam ser ocultos⁸⁵:

Um dos aspectos mais delicados na temática da aquisição de fontes de prova consiste em preservar a idoneidade de todo o trabalho que tende a ser realizado sigilosamente, em um ambiente de reserva que, se não for respeitado, compromete o conjunto de informações que eventualmente venham a ser obtidas dessa forma. Trata-se de evitar o fenômeno da 'break on the chain of custody'.

Não significa que deve haver necessariamente uma previsão legal de procedimentos específicos de custódia da prova, pois a quebra da cadeia representa a completa perda de sua juridicidade.

Uma das razões dessa antijuridicidade da quebra da cadeia de custódia da prova é por conta do caráter epistêmico do processo. O processo penal é o instrumento necessário para a imposição de uma pena sem perder de vista os direitos fundamentais do réu, buscando, dentro do contexto processual, a verdade atingível sobre fatos passados penalmente relevantes. Baseando-se nessa instrumentalidade do instituto e na essência de uma jurisdição justa, percebe-se que ele é compromissado com a busca da verdade possível dentro dos contornos do jogo processual.

A prova – resultado do ato de provar – é o eixo central dentro do processo, pois somente por meio dela é possível o exercício legítimo da jurisdição a justificar decisões acerca do *status libertatis* de um indivíduo. Um elemento probatório sem credibilidade mínima quanto à sua origem ou que comprovadamente esteve em condições de possível manipulação antijurídica não serve ao instituto que busque alcançar a verdade processualmente atingível.

Geraldo Prado⁸⁶ ensina, fazendo referência a provas obtidas *inaudita altera pars*:

A preservação destes elementos probatórios, portanto, insere-se no âmbito de juridicidade que, observada a inexistência de previsão legal, deve ser suprido pelo juiz para garantir ao processo a sua qualidade de entidade epistêmica.

85 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. p. 79.

86 idem. p. 79.

O raciocínio jurídico por trás do argumento acima apresentado é deveras simples depois de compreendidos seus pilares jurídicos. É no processo penal que as mais graves consequências jurídicas podem ser impostas a um indivíduo. O lastro probatório a amparar suas decisões – em especial sentenças condenatórias ou absolutórias – deve ser ainda mais rígido e cauteloso do que o que ampara a atividade jurisdicional de qualquer outro ramo do direito processual, justamente por estar em jogo a liberdade de alguém.

Portanto, por se tratar de ramo jurídico de fundamentalidade solar, não se encontra na esfera de discricionariedade do magistrado no seu exercício do poder-dever de jurisdição, a possibilidade de valorar uma prova cuja cadeia de custódia tenha sido quebrada, porque ela carece do suporte necessário mínimo de confiabilidade estabelecida por nossas regras do jogo processual. Não pode essa prova, por ferir *standard* mínimo lógico-jurídico de creditação de valor, ser considerada nem a favor e nem contra o réu.

Apesar do sistema de valoração da prova no âmbito de nosso sistema acusatório ser o de sua livre apreciação, não há como aceitar que, em um Estado Democrático de Direito, seja validado como elemento cognitivo de desvendamento de fatos passados uma prova que não seja exatamente a mesma da coletada no local do crime, ou assumir o risco de tomar em consideração para decidir em matéria penal um elemento probatório em que objetivamente se constate a possibilidade de que tenha sido adulterado.

Geraldo Prado⁸⁷, citando James W. Osterburg e Richard H. Ward, diz:

Qualquer interrupção na cadeia de custódia pode causar a inadmissibilidade da evidência. Mesmo se admitida, uma interrupção pode enfraquecer ou destruir seu valor probatório. A regra é ter o menor número possível de pessoas lidando com a evidência

Tendemos a discordar sobre a possibilidade de admissão da prova com cadeia de custódia quebrada. Entende-se com facilidade o posicionamento que o autor supramencionado fez ao se fazer a devida contextualização. Estadunidense, a obra original faz referência ao direito criminal americano, não se aplicando rigorosamente portanto ao regime probatório do direito brasileiro. Entretanto, defende-se aqui a adoção da cadeia de custódia como mecanismo redutor de complexidade de garantias constitucionalmente asseguradas, em especial a da vedação de utilização de provas ilícitas no âmbito do processo. Seu objetivo seria justamente o estabelecimento objetivo de regras de creditação da prova – os tais *standards* probatórios – para que o sistema fuja dos decisionismos possíveis advindos de valorações da prova epistemologicamente ilógicas. E, por ser o processo entidade epistêmica,

87 PRADO, 2014, apud OSTERBURG; WARD, 1992.

o epistemologicamente incompreensível e irracional também deve ser considerado juridicamente inaceitável, sendo impossível a valoração da prova cuja cadeia de custódia foi quebrada.

Consoante Geraldo Prado⁸⁸:

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

Perceba que o autor considera que a supressão de elementos informativos – hipótese clara de quebra da cadeia de custódia – cria situação jurídica de suspeição sobre a credibilidade dos elementos probatórios remanescentes caracterizadora de "ineficácia probatória". Porém, ainda que se considere, em consideração ao sistema de livre apreciação da prova, a possibilidade do magistrado valorar a prova resultante de cadeia de custódia que tenha sido quebrada, o respeito ao direito constitucional à presunção de inocência torna tal hipótese antijurídica.

Isso porque caso haja qualquer espécie de ruptura na guarda da prova – inclusive a falta de seu adequado registro, o qual é a única maneira de demonstrar a inocorrência da quebra da cadeia de custódia, que é ônus probatório do órgão de acusação -, ainda que se considere o desrespeito "brando" ou "leve" e o magistrado fique tentado a fundamentar sua decisão penal condenatória com base em tal elemento probatório, a verdade é que é mandatória a obediência à presunção de inocência.

A comprovação da quebra da cadeia de custódia – ou a impossibilidade de demonstração de sua inocorrência – cria necessariamente dúvida razoável quanto à mesmidade da evidência, pois se trata de critério jurídico de creditação da prova. Quando se quebra a cadeia de custódia, não há mais como saber se a prova foi ou não manipulada por sujeitos processuais de má-fé com o intuito de induzir peritos ou magistrados a erro. Não sendo portanto possível a afirmação categórica de que efetivamente houve a adulteração, é consectário lógico da presunção de inocência que tal situação jurídica configura dúvida razoável quanto à confiabilidade da prova. E na dúvida, por critério de julgamento *favor rei*, deve-se desconsiderar todo o conhecimento advindo da apreciação do elemento probatório que piore a situação do réu.

Percebe-se então, que a fundamentação jurídica relacionada à presunção de inocência apenas deve ser considerada quando a prova prejudique o réu, pois não se trata aqui de

88 idem. p. 82

matéria de interesse jurisdicional em sentido amplo - como no caso do caráter epistêmico do processo -, mas de direito subjetivo do acusado em sede de processo penal.

Por último, há o forte argumento – para o caso de supressão deliberada de vestígio - de que a prova obtida com quebra de cadeia de custódia deve ser equiparada à obtida por meios ilícitos e, portanto, inadmissível em sede de processo.

É sabido que os ditos meios ilícitos para a obtenção da prova são aqueles que ofendem direitos constitucionais – normas materiais, e não processuais -. Quando há a quebra da cadeia de custódia por supressão de elemento informativo por parte do próprio órgão acusador há violação ao direito de rastrear a fonte de prova, além da violação à paridade de armas⁸⁹ (igualdade de meios e recursos nos dois polos do processo).

O direito de rastrear as fontes de prova, já explanado em capítulo anterior, é claramente violado quando cria-se impossibilidade de traçar, cronologicamente, pelas vias do processo, a trajetória da evidência desde o momento de sua coleta até a apreciação em juízo. Com a quebra da cadeia de custódia, fica impossível estabelecer o vínculo da fonte de prova primeva até o elemento probatório que é efetivamente levado a juízo. Com isso, para que se leve a cabo o princípio da força normativa constitucional, é preciso que se considere também inadmissível no processo a prova irrastrável, sob pena de se inutilizar a vedação de utilização da prova ilícita.

Já quanto à paridade de armas, é evidente a ofensa a tal princípio processual penal fundamental quando a acusação suprime deliberadamente a prova⁹⁰ - e conseqüentemente quebra a cadeia de custódia - e utiliza os indícios de autoria e materialidade referentes a um delito servindo apenas aos seus propósitos processuais, em detrimento da atuação da defesa do acusado. Tal comportamento acaba por conceder mais meios e recursos processuais a uma das partes, situação em que se pode acabar por sobrepujar a verdade processualmente atingível apenas por conta do desequilíbrio na distribuição dos papéis e instrumentos na prática de atos processuais.

89 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal – volume 1 – 32 ed. Rev. E atual – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 66. "De nada valeria as partes acusadora e acusada encontrarem-se no mesmo plano, equidistantes do Juiz, órgão superpartes, se o Estado não lhes proporcionasse equilíbrio de forças, dando-lhes os mesmos instrumentos para a pugna judiciária. Sendo a ampla defesa dogma constitucional, por óbvio haveria desrespeito à Lei Maior se, por acaso, uma das partes, no Processo Penal tivesse mais direitos e mais poderes que a outra. Daí o princípio da paridade de armas, ou da "par conditio" ou da equality of arms".

90 Será analisada detalhadamente tal consequência processual no estudo do caso do HC 160.662/RJ, julgado pela 6ª Turma do STJ, no capítulo 4.2.

5.2 A quebra da cadeia de custódia nos tribunais: HC 160.662/RJ

Sem dúvidas a problemática da quebra da cadeia de custódia quase não encontra precedentes nos Tribunais pátrios. Isso se dá por conta da falta de tradição doutrinária na abordagem do assunto. Contudo, com a obra iluminadora de Geraldo Prado e o Habeas Corpus n. 160.662, julgado pelo STJ, o tema começou a ganhar a atenção da comunidade jurídica.

O habeas corpus supramencionado tem como cenário fático a "Operação China", em que 14 pessoas foram denunciadas como incursoas nos crimes dos arts. 288 do Código Penal (antigo delito de "quadrilha ou bando") e 1º, V e VII, da Lei n. 9.613/98 (lavagem de dinheiro), além de uma denunciada específica respondendo pelo vetusto art. 334 do CP (contrabando ou descaminho). A hipótese acusatória era basicamente a apuração sobre a possível ocorrência de negociações fictícias por parte de pessoas físicas ligadas ao Grupo CASA & VÍDEO na tentativa de acobertar a natureza de valores obtidos com a prática do delito de descaminho.⁹¹

Em contextualização processual, o habeas corpus em tela foi impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça – distribuído para a Sexta Turma – apontando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por conta de acórdão que negou o provimento de *writ* impetrado contra decisão de primeira instância nos autos da Ação Penal 2006.51.01.523722-9. Tratava-se, portanto, segundo entendimento jurisprudencial do STJ e STF, de habeas corpus substitutivo da hipótese constitucional de recurso ordinário prevista no art. 105, inciso II, alínea "a" da Constituição⁹², o qual não merece conhecimento, porém de possibilidade de concessão de provimento de ofício nos casos de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.⁹³

91 BRASIL. STJ. 2012, p. 5.

92 Art. 105, Constituição da República Federativa do Brasil. "*Compete ao Superior Tribunal de Justiça: II – julgar, em recurso ordinário: a) os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória*"

93 BRASIL. STJ. 2012, p 1-2 (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.*)

A par de argumentos levantados pela defesa no *writ* que não interessam a esse trabalho⁹⁴, sua fundamentação jurídica considerava ilícita a obtenção de prova por conta da não preservação do conteúdo probatório, eis que muitos dos áudios obtidos por interceptação telefônica não foram disponibilizados à defesa em momento algum e por conta da perda de vários dos e-mails interceptados e investigados pela Polícia Federal, tudo ainda nos autos de inquérito policial.

O acórdão impugnado considerava não haver prejuízo na conduta praticada pela acusação, pois haveria apenas "*impertinência objetiva de eventual material arrecadado (...), que, por si só, afasta a alegação de prejuízo à defesa, que rege o sistema de nulidades no processo penal (art. 563 do Código de Processo Penal), já que sequer fazem parte do arcabouço inicial que viabiliza a persecução em juízo*".⁹⁵

Ou seja, o Tribunal *a quo* considerou não haver qualquer espécie de ilegalidade porque o material probatório ao qual a defesa requeria acesso não constava dos autos como instrumento viabilizador da persecução penal, e como no processo o réu se defende dos fatos – processualmente cognoscíveis por meio dos elementos de prova -, não prejudicava de qualquer forma o acusado a impossibilidade de acesso a conteúdos de áudio de ligações e e-mails sequer mencionados pela exordial acusatória.

Entretanto, tal raciocínio é de certa forma limitado ao considerarmos o princípio da paridade de armas - decorrência obrigatória do princípio da isonomia constante no caput do art. 5º da Constituição Federal⁹⁶. Por esse princípio, acusação e defesa devem dispor de meios e recursos processuais paritários para evitar que a desigualdade de possibilidades no jogo processual resulte na preponderância dos argumentos e provas de um em detrimento da do outro, de forma a viabilizar a prova da hipótese acusatória e sua respectiva contraprova defensiva e construir a verdade processual desejável em nosso sistema de processo.

No voto da ilustre Relatora Ministra Assusete Magalhães⁹⁷:

Também é certo que a prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível, por tal razão, a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da

94 Houve também argumentação, com parecer anexo de lavra da ilustre Professora Ada Pellegrini Grinover, quanto à não autorização constitucional de hipóteses excepcionais de quebra de sigilo de correspondências pela legislação infraconstitucional - garantia que também alcançaria os e-mails, modelo eletrônico de comunicação epistolar moderna; além da tese de que a interceptação telefônica foi decretada antes de se esgotarem todos os outros meios de prova disponíveis, em ofensa ao art. 2º da Lei n. 9.296/96.

95 BRASIL. STJ. 2012, p.21.

96 Art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil – "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito (...) à igualdade (...)"

97 BRASIL. STJ. 2012, p. 64.

ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova.

Portanto, em que pese a possibilidade de seleção por parte da acusação em relação a quais elementos probatórios efetivamente demonstram cognitivamente os fatos atribuídos ao réu em sua hipótese acusatória, certo é que é necessária a disponibilização de todo o arcabouço probatório para que o acusado faça exercício de seu direito à ampla defesa. Assim, por exemplo, no caso em tela, outro poderia ser o entendimento dos áudios interceptados caso fossem disponibilizados na íntegra, já que a acusação, como ficou efetivamente comprovado nos autos, selecionou o que lhe era conveniente, deixando de colocar à avaliação da defesa e da autoridade judiciária trechos das conversas que poderiam demonstrar uma nova compreensão dos elementos fáticos que poderia refutar, em tese, a hipótese da acusação. A mesma lógica também se aplica ao conteúdo dos e-mails, visto que o manancial probatório é expressão de uma realidade *una*, sendo decorrência da ampla defesa a possibilidade de acesso a todas as correspondências eletrônicas, e não somente às que a acusação anexou à denúncia.

Quanto às consequências jurídicas de todo o exposto, o voto da Eminente Relatora continua⁹⁸:

Assim, diante das razões expostas, deve a prova obtida através da interceptação telemática ser considerada ilícita, em razão da perda da sua unidade, ou, nas palavras do parecerista Geraldo Prado, a 'perda da cadeia de custódia da prova', caracterizando cerceamento do direito de defesa. (...)

Inexistindo, nos autos, a integralidade das interceptações telemática e telefônica, o paciente está impossibilitado de confrontar as teses acusatórias com o resultado completo das interceptações, que pode conter material que interesse à sua defesa.

Assim, diante desses elementos, verifico a ocorrência de constrangimento ilegal, nos termos do art. 654, §2º, do CPP, ante a nulidade das provas produzidas nas interceptações telefônicas e telemática, em decorrência da ausência de preservação de parte do material probatório colhido, caracterizando cerceamento do direito de defesa.

Parece-nos haver um erro técnico na equiparação de sentido por parte da Ministra Relatora entre "perda de unidade da prova" e "quebra de cadeia de custódia". Não se tratam de fenômenos idênticos, mas de eventos com relação de causa e consequência. Por conta da perda da unidade da prova (causa), houve a quebra de sua cadeia de custódia (consequência), pois a prova levada a juízo não mais possui seu elemento epistêmico essencial da "mesmidade", contaminada que foi pelos excessos procedimentais ilegais dos órgãos acusatórios. A prova, desfigurada e violada de sua integralidade, já não é ela própria – do momento de sua exata obtenção -, mas apenas parte dela – e portanto, já é "outra". É, assim, uma nova prova "adulterada", pois que a parte do todo não equivale ao todo.

98 *ibid*, p. 71.

Percebe-se no voto, portanto, a consideração de violação do devido processo legal, da ampla defesa e da paridade de armas ao se constatar a quebra da cadeia de custódia no caso de provas que são obtidas por métodos ocultos. Entretanto, pelo argumento realizado em tópico anterior, também poderia se alegar a violação do devido processo legal pela faceta de seu caráter epistêmico. Assim, independentemente das violações a direitos da defesa, o próprio juiz jamais poderia livremente apreciar o conteúdo emanado de tais elementos probatórios, pois, como houve a quebra da cadeia de custódia, a prova deixa de ser cognoscivelmente confiável para a apuração da verdade processual dos fatos e o juiz, atento aos *standards* probatórios de nossa legislação processual, deve, por imperativo epistêmico, distanciar-se de quaisquer conhecimentos advindos da apreciação desta prova.

Por fim, apesar da votação unânime na Sexta Turma para conceder o habeas corpus de ofício e considerar nulas as provas obtidas pelas interceptações telemática e telefônica por conta de sua ilicitude, é interessante destacar também o voto do Ministro Schietti Cruz, que, apesar de acompanhar a relatora, fez ressalvas fundamentais para o *thema decidendum*.

Depois de argumentar pela importância da quebra de cadeia de custódia na preservação da prova penal e do descuido dos órgãos acusatórios em tal mister, ele entende pela ilegitimidade e não pela ilicitude da prova.

De acordo com o Eminentíssimo Ministro⁹⁹:

Aquí faço tal distinção, com base na doutrina de Pietro Nuvolone. A prova colhida não se houve com violação a um direito material das partes ou, no caso, da defesa e, sim, com violação a norma de direito processual, qual seja, a regra do art. 9º da Lei n. 9.296/96, que condiciona a destruição do material não utilizado, como prova decorrente de interceptação telefônica, a um requerimento da parte, apreciado por decisão motivada do juiz, sendo a defesa intimada para que, se desejar, se faça presente no incidente de destruição dessa prova.

As consequências jurídico-processuais da quebra da cadeia de custódia já foram devidamente tratadas neste trabalho. Não há problema em se considerar tais provas como ilegítimas, como de fato são, tendo em vista o art. 9º da Lei n. 9.296/96¹⁰⁰, o qual não foi cumprido no caso concreto, com a exclusão de elemento fruto de interceptação telefônica e telemática sendo excluídos sem o devido incidente previsto em lei.

No entanto, é importante entender que também por imperativo epistêmico ou violação aos direitos da defesa é possível considerar que a cadeia de custódia de uma prova foi

99 *ibid*, p.4.

100 Art. 9º, Lei n. 9.296/96. *A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada. Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.*

quebrada, independentemente da existência de uma previsão legal de algum procedimento específico que precisa ser violado para sua configuração.

6. CONCLUSÃO

A prova, enquanto elemento legitimador das decisões em matéria penal em um sistema acusatório que busca uma verdade processualmente atingível, deve atender a regras orientadoras fortes (*standards*) para cuidar do caráter epistêmico do processo.

Independentemente de previsão no ordenamento jurídico (a exemplo da Portaria 82 da SENASP), é imposição jurídica a não valoração de toda prova que tenha sido obtida com a quebra da cadeia de sua custódia, pois:

a) por conta da natureza do instituto "processo", no qual se busca desvendar fatos passados penalmente relevantes por meio da exploração do conhecimento obtido pela análise de elementos probatórios consoante regras pré-estabelecidas, é juridicamente impossível que o juiz atribua valor cognitivo a uma prova cuja cadeia de custódia tenha sido quebrada, por conta de sua absoluta falta de fiabilidade e juridicidade;

b) como o órgão acusatório deve provar todos os elementos constitutivos do *jus puniendi*, caso recaia dúvida razoável quanto à procedência e mesmidade da prova que demonstre um de seus elementos (ex.: tipicidade) - ou ainda caso não se possa comprovar sua procedência e mesmidade devido a quebra da cadeia de custódia -, por conta da presunção de inocência, a dúvida impõe o dever do magistrado de prolatar decreto absolutório em favor do réu;

c) devido ao direito de não ser processado com a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, como com a quebra da cadeia de custódia há impossibilidade de rastrear as fontes de prova para identificação e análise de licitude do meio de sua obtenção, as provas nesse contexto devem ser consideradas também inadmissíveis no processo penal e desentranhadas dos autos.

REFERÊNCIAS

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. **A interceptação de comunicação entre pessoas presentes como meio de investigação de prova no direito processual penal brasileiro**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Acesso em 01 jun. 2018.

AVENA, Norberto. **Processo penal** – 9a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em 01 jun. 2018.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689 de 3 de Outubro de 1941. **Código de processo Penal**. Brasília, DF, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 01 jun. 2018.

BRASIL. LEI Nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 01 jun. 2018.

BRASIL. LEI Nº 9.296, de 24 de julho 1996. **Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal**. Brasília, DF, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9296.htm>. Acesso em 01 jun. 2018.

BRASIL. SENASP. Portaria nº 89, de 28 jul. 2014. **Institui processo de seleção de propostas para pactuação de convênios relacionados ao fortalecimento das atividades de perícia criminal oficial dos Estados e do Distrito Federal**. Brasília, DF. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/Acesso/convenios/portaria-no-89-convenios-pericia-2014-versao-28-07-14.pdf>>. Acesso em 01 jun. 2018.

BRASIL. STF. HC 126.292 Rel. Min. Teori Zavascki, 17 fev. 2016. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25355766/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-126292-sp-stf>> Acesso em 01 jun. 2018.

BRASIL. STF. RE 136.239, 1ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, 07 abr. 1992. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000150757&base=baseAcordaos>> Acesso em 01 jun. 2018.

BRASIL. STJ. HC: 1088.86 RJ, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, 20 out. 2012. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 25 out. 2012. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15267774/habeas-corpus-hc-108886-mg-2008-0131985-3-stj/relatorio-e-voto-15267776>>. Acesso em 01 jun. 2018.

BRASIL. STJ. REsp: 774.079 RS 2005/0132215-6, Relator: Ministro GILSON DIPP, 17 de agosto de 2006. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7142773/recurso-especial-resp-774079-rs-2005-0132215-6-stj/relatorio-e-voto-12853253>>. Acesso em 02 de jun. de 2018.

CECARELLI, Camila Franchitto. **Prova ilícita por derivação no direito processual penal brasileiro**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-31072012-085213/pt-br.php>>. Acesso em 01 jun. 2018.

CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB** – Volume 1, 11ª ed - Salvador: Ed. JusPodivm, 2013.

CIDH. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969. **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 01 jun. 2018.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5ªEd – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LOPES JR., Aury. DA 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 02 jun. 2018.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2016.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 2ª ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1912.

PRADO, Geraldo. **Ainda sobre a cadeia de custódia das provas**. In Boletim do IBCCrim, n. 262, setembro de 2014.

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.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TARUFFO, Michele, **La prueba de los hechos**, Trotta, Madrid, 2002.

TÁVORA, Nestor; RODRIGUES ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 10^a ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de Processo Penal**, volume 1. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 1. 32^a ed. Rev e atual – São Paulo: Saraiva, 2010.