

DA CADEIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO EXCLUSIVO DE TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

JOÃO PAULO ALVARENGA BRANT¹
MARCELO SHIRMER ALBUQUERQUE²
THIAGO AUGUSTO VALE LAURIA³

INTRODUÇÃO

Dentre outras significativas inovações, a Lei n. 13.964/2019, também conhecida como Pacote Anticrime, positivou no ordenamento jurídico pátrio, expressamente, o instituto da cadeia de custódia, agora previsto nos artigos 158-A a 158-F do Código de Processo Penal. Como se sabe, o projeto de lei sofreu uma série de modificações durante sua tramitação no Congresso Nacional, mudanças essas que desnaturaram por completo sua essência enquanto mecanismo útil de combate à criminalidade. Por outro lado, nem todas as alterações perpetradas no texto original devem ser reputadas, por si mesmas, como inovações jurídicas contraproducentes. A cadeia de custódia, seguramente, se enquadra dentro dessa categoria.

Pois bem, para que se possa elucidar essa afirmação, importante fixar, de antemão, o conceito de cadeia de custódia. A tarefa não oferece maiores dificuldades, uma vez que o próprio legislador infraconstitucional apresentou uma definição legal do referido instituto. Assim, de acordo com o art. 158-A do CPP,

“considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”.

O conceito revela um instituto muito mais simples do que se poderia supor e já delimita tanto sua abrangência quanto sua finalidade, sem cuja compreensão nenhum estudo alcançará conclusões satisfatórias. Com efeito, a cadeia de custódia tem por objeto não o vestígio em si, mas sua história cronológica. É dizer: não se dirige ao elemento material, mas à sua memória; e sua finalidade é rastreá-lo, não o examinar⁴. Em primeira conclusão, portanto, cadeia de custódia é a formalização documental ou o registro do caminho do vestígio ao longo do trâmite da persecução penal, uma trilha sem solução de continuidade que descreve o elemento de interesse processual e acompanha *pari passu* o seu percurso, desde sua caracterização enquanto tal, até quando já não mais o seja, indicando as pessoas que estiverem na sua posse, locais de sua permanência e o tempo de passagem de uma etapa a outra.

Certamente, uma vez que a conceituação de cadeia de custódia possui a elementar vestígio como núcleo (ainda que vinculado à sua história cronológica), torna-se imprescindível proceder também à sua definição, bem como à de outros institutos correlatos, afastando confusões em relação a outros conceitos de interesse para o processo penal. Nesse norte, pode-se definir vestígio, a partir de seu emprego no bojo do conceito legal de cadeia de custódia, como todo e qualquer elemento presente na cena do crime. Uma vez que tal item se mostre relevante para a identificação da autoria e da materialidade delitivas, estar-se-á diante de uma evidência. A evidência

¹ Não estamos, aqui, a dizer que a identificação, preservação, apreensão e exame do vestígio sejam fatos menos importantes que a delimitação de sua origem, percurso e destino. Pelo contrário. Apenas que os procedimentos voltados a tais finalidades (busca e apreensão, perícias, etc) não integram a cadeia de custódia e merecem estudo apartado desta.

² Em mais de uma oportunidade, mencionou-se, neste trabalho, que a Lei n. 13.964/19 promoveu a introdução expressa da cadeia de custódia no ordenamento jurídico pátrio. O emprego do vocábulo “expressa” não se deu por acaso nem configura qualquer redundância. Na verdade, tal uso decorre da constatação de que alguns artigos do Código de Processo Penal já previam, ainda que tacitamente, procedimentos tendentes à preservação formal da cronologia dos vestígios. O art. 6º, I, do CPP, por exemplo, estabelece que a autoridade policial deverá se dirigir ao local do crime, primar por sua preservação, colher os elementos de prova pertinentes e acionar a equipe de peritos, diligências essas que são praticamente repetidas no novel art. 158-B do CPP. O art. 169 daquele mesmo diploma legal, a seu turno, reforçava sua preocupação no que tange ao isolamento e coleta de vestígios. Destarte, por vislumbrar elementos legais que, mesmo de forma superficial e tácita, demonstravam a preocupação do legislador para com a cadeia de custódia, que se fala, pois, em introdução expressa do instituto por meio do Pacote Anticrime.

³ Por todos, veja-se, com perplexidade, o julgamento do RHC 170843 AgR / SP, de lavra do Supremo Tribunal Federal, o qual acata a tentativa de se introduzir no Brasil, pela via de uma interpretação cuja extensão e elasticidade evoca proporções bíblicas, dos chamados Direitos de Miranda.

⁴ Ver, por exemplo, a resolução PGJ nº 44/2021 do MPMG.

juntada aos autos de uma investigação, ou remetida à central de custódia em regime de vinculação a um determinado procedimento preliminar investigatório, será considerada como um elemento de informação. Por sua vez, ao elemento de informação submetido ao contraditório judicial conferir-se-á o grau de prova, a qual poderá, a teor do art. 155 do Código de Processo Penal, servir como fundamento para a formação da convicção do julgador acerca da culpabilidade do acusado.

Sedimentados esses conceitos indispensáveis para a compreensão da discussão que se propõe, volta-se a atenção à afirmação inicial deste trabalho: a de que se considera salutar a normatização da cadeia de custódia no ordenamento jurídico brasileiro. O motivo pelo qual defende-se esse posicionamento é simples: tanto as finalidades do instituto, como a sua razão de ser, relacionam-se diretamente com a proteção de direitos fundamentais do cidadão submetido à persecução penal, em especial a garantia do contraditório. Explica-se.

A ideia de se registrar documentalmente a cronologia de um vestígio não surgiu por capricho, apego exagerado à forma ou como consequência de uma pseudo-presunção fetichista de que o Estado, imbuído da persecução penal, seria uma máquina de fabricar falsas evidências tendentes à incriminação injusta. Pelo contrário, a razão de ser, o motivo que inspirou a criação da cadeia de custódia enquanto método, perpassa pela percepção de que esse controle documental propicia a prolação de uma sentença de maior qualidade, diminuindo a margem de erro judicial. Para além, a magnitude da cadeia de custódia para o processo penal repousa em suas duas finalidades específicas (resumidas no verbo “rastrear” inserido no conceito legal): assegurar que o vestígio apresentado durante o julgamento constitui exatamente aquilo que se alega ser (autenticidade) e que manteve as suas características probatórias durante o tempo em que tal providência era relevante (integridade).

Além de a rastreabilidade assegurar a transparência do procedimento, tem-se que essa providência maximiza, em matéria probatória, a garantia constitucional do contraditório. Isso porque, a partir do momento em que a defesa técnica tem acesso ao caminho do vestígio, desde o momento de sua descoberta até o descarte, reunirá as condições de identificar eventuais alterações e vinculá-las ao transgressor. Note-se que, aqui não se está a utilizar o vocábulo “transgressor” com caráter depreciativo, mas na acepção da palavra, ou seja, a cadeia de custódia permite que se aponte na posse de qual responsável e/ou em que

local ocorreu uma intercorrência que alterou a aptidão probatória da evidência ou impediu que ela fosse ligada ao fato que se almejava provar. De todo modo, em face da formalização representada pela cadeia de custódia, estará a defesa técnica apta a conhecer a história cronológica do vestígio e, conseqüentemente, reagir, caso apure eventuais falhas capazes de comprometer a transparência do procedimento e a credibilidade da evidência.

Se a previsão expressa⁵ da cadeia de custódia no Brasil configura uma novidade introduzida pelo Pacote Anticrime, o mesmo não pode ser dito em relação a vários ordenamentos jurídicos alienígenas. Pelo contrário, alguns outros países, tanto de raízes jurídicas ligadas à *common law* quanto à *civil law*, já lidam, há décadas, com o instituto da cadeia de custódia. Inclusive, ao se perلustrar o tratamento jurídico conferido à cadeia de custódia no Código de Processo Penal, não se afigura exagerado asseverar que o Brasil, efetivamente, importou o instituto em testilha dos Estados Unidos da América, sem se olvidar de algumas influências oriundas do direito continental europeu, em especial da Espanha. Justamente por essa razão, defende-se que não apenas o instituto em si, mas também o seu tratamento jurídico-hermenêutico seja incorporado pela doutrina e jurisprudência pátrias. Seria um contrassenso agasalhar um instituto tão importante para a tutela do contraditório, cerne do devido processo legal, sem se aproveitar das conclusões extraídas pela doutrina e, especialmente, pela jurisprudência alienígena, que se debruçou atentamente sobre a matéria ao longo de anos e obteve êxito em resolver satisfatoriamente as mais tormentosas questões que giram em torno da cadeia de custódia, sobretudo a conduta a ser tomada em caso de sua quebra.

Note-se que não se está a defender uma simples importação dos entendimentos jurisprudenciais exarados por cortes de outros países pelo Brasil. Com efeito, um problema quase patológico enfrentado pelo processo penal brasileiro ao longo dos últimos anos reside na reprodução desregulamentada, descontextualizada e precipitada de conceitos jurídicos da *common law*, sem que eles perpassem por juízos prévios de cabimento e adequabilidade ao nosso sistema⁶. Por isso, propõe-se, exclusivamente, o aproveitamento da experiência alienígena, especialmente a estadunidense, que mais fortemente inspirou o legislador brasileiro, no julgamento de casos práticos, após a submissão do precedente a uma valoração normativa prévia para com os ditames do ordenamento jurídico nacional. Obviamente, ao aproveitar

5 GIACOMOLLI, Nereu José. AMARAL, Maria Eduarda Azambuja. A cadeia de custódia da prova pericial na Lei nº 13.964/2019. Revista Duc In Altum Cadernos de Direito, vol. 12, nº 27, mai-ago. 2020.

6 BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. (org.). Temas atuais da investigação preliminar no processo penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 523.

o resultado de uma experiência judicante consolidada através de centenas de precedentes, o processo penal brasileiro obterá ganhos incomensuráveis em termos de segurança jurídica, permitindo que se assegure a todo cidadão submetido à persecução penal no vasto território nacional um mesmo tratamento, em plena consonância com o direito constitucional da isonomia. Todavia, como forma de evitar os equívocos ora criticados, o aproveitamento dessas experiências passará por um juízo prévio de adequação e pertinência para com o sistema normativo brasileiro.

Dito de outro modo, ao invés de se ver envolto com a eclosão de precedentes em sentidos completamente opostos até que, ao final de uma série infindável de julgamentos, atinja-se uma pacificação jurisprudencial acerca dos problemas práticos que derivam da cadeia de custódia, os operadores do direito podem antecipar esse momento de consolidação, por meio da adoção de entendimentos já sedimentados nos países que inspiraram o legislador pátrio.

Vale dizer: além do ganho em segurança jurídica, valor que, repita-se, consagra a isonomia, essencial para o devido processo legal, a proposta formulada tem o condão de afastar construções de determinados setores da doutrina brasileira que, ao que tudo indica, buscam transmutar a natureza da cadeia de custódia de instituto de fomento aos direitos individuais para instrumento de promoção da impunidade. Decerto, causa forte preocupação a interpretação que determinados doutrinadores nacionais buscam emplacar no que tange às diversas nuances que derivam da aplicação prática da cadeia de custódia, a qual, em descompasso com os entendimentos jurisprudenciais firmados nos ordenamentos jurídicos tidos como modelo, visa, por meio da conferência de ares complexos a questões às vezes singelas, fazer com que a cadeia de custódia seja reduzida a um mecanismo de forja de nulidades de algibeira.

Destarte, passar-se-á a delinear os principais contornos conferidos pela jurisprudência estrangeira, especialmente a norte-americana, aos problemas práticos que envolvem a cadeia de custódia, com especial foco naquela que configura a questão que mais aflige a doutrina nacional atualmente: a sua quebra. Em seguida, ante a sedimentação desses conceitos, será demonstrado como alguns autores brasileiros se alijaram diametralmente desse tratamento jurídico, por meio do levantamento de argumentos incapazes de suplantar as conclusões exaradas pelos tribunais de referência. Por fim, mostrar-se-á que, felizmente, há setores da doutrina

nacional perfilham entendimentos que consagram a cadeia de custódia pelo que ela verdadeiramente é: um instrumento de tutela de direitos fundamentais.

DO OBJETO DA CADEIA DE CUSTÓDIA

Antes de avançar na problemática, é imprescindível um *disclaimer*: no Brasil (e também nos EUA, em menor proporção), nem toda prova (ou mesmo fonte de prova) tem seu registro histórico submetido à cadeia de custódia. E isso, no ordenamento pátrio, por expressa disposição legal e, mais ainda, pelas características de nosso sistema processual – bastante diferente daqueles de tradição anglófila.

A ressalva preliminar é importante porque parcela significativa de regulamentações procedimentais, já em processo de automação, pretende submeter absolutamente tudo que for apreendido (notadamente documentos) em diligências policiais ao regime da cadeia de custódia⁷, o que, *data vênia*, deriva de premissas equivocadas.

Numa interpretação sistemática, favorecida pela posição topográfica da regulamentação da cadeia de custódia (capítulo II - do exame de corpo de delito, da cadeia de custódia e das perícias em geral) e pela redação dos artigos 158-A, p. 2o, 158-B, 158-C, 158-D, 158-E e 158-F CPP, é possível dizer que vestígio é “*elemento de potencial interesse para a produção de prova pericial*” (a expressão é usada como sinônimo de vestígio pela lei, inclusive), ou, em outras palavras, vestígio é aquilo que pode ser objeto de prova técnica. E só. E há muita lógica nisso, quando se pensa em como se “monta um processo” no Brasil. As provas a serem conhecidas diretamente pelo juiz (como as documentais, por exemplo) são inseridas nos autos e, assim, submetem-se aos registros gerais de andamento procedimental. Em relação às provas periciais, todavia, são juntados apenas os laudos ou relatórios, permanecendo o objeto do exame acautelado (quando não restituído ou descartado), sem, até então, regulamentação que garantisse a autenticidade e higidez da fonte da prova (e não da prova em si), bem como se permitisse acesso às informações sobre forma e responsáveis por citado acautelamento ou outras providências.

Sobre o ponto, Eugênio Pacelli de Oliveira, atentando para a redação conferida pelo legislador brasileiro aos artigos 158-A e seguintes do CPP, tratou do tema cadeia de custódia no capítulo de sua obra destinado

⁷ O exemplo é pertinente, mas cabe de plano destacar que a cadeia de custódia de vestígios digitais, por envolver pressupostos fáticos específicos, não constitui objeto deste trabalho.

às provas periciais. A mesma peculiaridade não passou despercebida por Nereu José Giacomolli e Maria Eduarda Azambuja Amaral, os quais asseveram que a legislação positivada pátria trabalha a questão da cadeia custódia exclusivamente no bojo das provas que serão objeto de perícia e, mais ainda, apenas para aquelas encontradas na cena do crime ou junto à vítima⁸. De fato, o texto legal (art. 158-A, CPP) baliza de forma inequívoca as situações ou locais de coleta de vestígios que devem ter sua história cronológica documentada via cadeia de custódia: “*locais ou em vítimas de crimes*”.

Talvez a legislação brasileira não precisasse ser tão detalhista em seus artigos 158-A a 158-F, pois permitiria que determinados procedimentos de coleta de evidência fossem tratados por meio de atos administrativos regulamentares, mais adequados, por sua natureza, a seguir os avanços da ciência. O Anteprojeto de Código de Processo Penal (Projeto de Lei nº 8045/2010), que trata de construir apenas uma espinha dorsal para o instituto em seus artigos 169-A a 169-C, parece tratar a cadeia de custódia de forma mais adequada. No entanto, o Poder Legislativo, representante do povo, optou por realizar um corte metodológico e exigir a preservação da cadeia de custódia, com exclusividade, para aqueles vestígios coletados na cena do crime (ou com a vítima) e que devam ser objeto de perícia. Nos termos estritos da lei, pois, a falha da documentação que detalha o histórico cronológico do vestígio somente seria juridicamente relevante e acarretaria a eventual nulidade da prova nas hipóteses de evidências apreendidas em uma cena de crime ou junto à vítima e que devam ser periciadas.

Contudo, como dito acima, essa opção do legislador brasileiro, por um lado, mostra-se compatível com o *civil law*. Afinal, devido à natureza eminentemente cartorária da nossa tradição jurídica, elementos de prova apresentados pelos sujeitos processuais são, em regra, juntados aos autos, não ofertados à parte contrária em audiência. Assim, como bem percebido por Gustavo Badaró, documentos sobre os quais não incide qualquer interesse pericial, por não haver discussão acerca da sua fidedignidade, não deverão ser encaminhados à central de custódia na companhia do formulário correlato, mas tão-somente juntados aos autos⁹. Nesse ponto, andou bem o legislador, pois essa escolha atende à tradição jurídica nacional e nenhum prejuízo causa ao acusado.

Finalmente, seria de bom grado que o Estado, no exercício da função persecutória, preservasse a cadeia de custódia quanto a vestígios (tecnicamente caracterizados enquanto tais) obtidos em locais diversos da cena do crime

ou com a vítima, mas que, não obstante, ostentassem inexorável interesse criminalístico, a exemplo de uma possível arma do crime encontrada em um domicílio de investigado no qual se cumpre um mandado de busca e apreensão. A documentação do histórico cronológico da evidência periciável obtida em tal cenário maximiza a garantia do contraditório e, por essa razão, recomenda-se seja mantida pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público, ainda que a lei não lhes obrigue.

Ainda, o §3º do art. 158-A expressamente dispõe que o vestígio “*é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal*”. O vestígio, portanto, guarda relação direta com a infração, não com a eventual prova dessa infração ou, em outras palavras: o que não é objeto de prova, mas prova em si, não é vestígio, ainda que, sob certas circunstâncias, possa ser objeto de perícia (destinada a comprovar a autenticidade da prova e não a autoria ou materialidade do crime). Assim é que uma filmagem¹⁰ da execução de um crime à distância e uma carta confessional encontrada na casa do autor não constituem vestígios e, portanto, muito embora devam ser apreendidas (e tal apreensão documentada), não estão obrigatoriamente sujeitas ao regime da cadeia de custódia. Ainda que a práxis, de forma absolutamente irrefletida, tenda a entender o contrário.

Não se submete, portanto, ao regramento da cadeia de custódia: 1) aquilo que não é vestígio, “*objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal*” e que se caracteriza como “*elemento de potencial interesse para a produção de prova pericial*”; 2) os vestígios que não sejam coletados em locais ou em vítimas de crimes (embora, neste caso, seja recomendável, quando possível, o registro da cadeia); 3) as provas que possam ser diretamente encartadas nos autos processuais, seguindo o destino destes; 4) as provas (especialmente não documentais) diretas da infração, ainda que possam ser objeto de perícia para aferir sua autenticidade.

Antecipando o estudo do direito comparado, a questão de perquirir se a prova da cadeia de custódia constituirá um imperativo em todos os casos levados ao conhecimento dos tribunais não passou despercebida da jurisprudência estadunidense que, no ponto, reconhece alguns vestígios que não precisam se submeter à cadeia de custódia e, conseqüentemente, à sua prova, sem que isso importe em lesão ao devido processo legal. O raciocínio que pautava essa conclusão se baseia nas

⁸ Vide *United States v. Blue*, caso julgado pelo Tribunal Federal do 7º Circuito em 1971.

⁹ *Gardner v. State*, julgado em 1988.

¹⁰ *Harris v. State*, julgado em 1995.

próprias finalidades da cadeia de custódia. Conforme asseverado, a cadeia de custódia serve a dois propósitos: demonstrar que um objeto representa aquilo que se alega e que manteve as suas características probatórias durante o período oportuno. Os Tribunais, pois, entendem que, naquelas situações em que o interesse probatório do objeto se resume à sua mera identificação, a cadeia de custódia será dispensada sempre que o item puder ser imediatamente reconhecível¹¹.

Um objeto que possua número de série ou algum detalhe distintivo notável já propicia elementos suficientes para a certeza de sua identificação. Logo, uma vez que a relevância do item esteja restrita exclusivamente ao seu mero reconhecimento, ao Estado-acusação não será imposto o ônus de provar a cadeia de custódia sempre que esse objeto possa ser prontamente identificável. Assim entendeu a Suprema Corte do Arkansas, por exemplo, ao admitir em juízo a apresentação de um conjunto de joias que, uma vez subtraídas e recuperadas, foram devidamente reconhecidas durante o julgamento pela vítima¹². Naquela oportunidade, afirmou o Tribunal que o item infungível sujeitado a uma identificação judicial positiva prescinde de uma cadeia de custódia conclusiva, como ocorre nas hipóteses de bens intercambiáveis. De igual modo, ao se debruçar sobre o caso *Harris v. State*, aquela mesma Corte assentou que a identificação de suas roupas pela própria ofendida afastava discussões acerca da regularidade da cadeia de custódia¹³.

Note-se que, aqui não se está a falar em uma quebra da cadeia de custódia propriamente dita. Afinal, a quebra da cadeia de custódia parte do pressuposto de que a formalização da história cronológica do vestígio constituiria uma obrigação legal. As situações acima expostas não se encaixam neste cenário, uma vez que, em se tratando de bens imediatamente identificáveis, cujo interesse criminalístico recaia, exclusivamente, sobre o seu reconhecimento, outros meios de prova podem substituir a cadeia de custódia e assegurar que não se introduza no processo uma evidência não autêntica. Logo, se a cadeia de custódia não é exigida, não há que se falar em sua prova – e muito menos em sua quebra.

A CADEIA DE CUSTÓDIA NA JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA

Conforme adiantado alhures, o ordenamento jurídico norte-americano representou a grande fonte de inspiração do legislador brasileiro no que toca à normatização expressa e pormenorizada da cadeia de custódia no Código de Processo Penal. Por essa razão, é nos Estados Unidos da América que devem ser focados os esforços de identificação das formas de solução de questões jurídicas problemáticas inerentes à aplicação da cadeia de custódia.

Contudo, não se trata de tarefa fácil. De plano porque, por se tratar de um país de tradição jurídica anglo-saxã, parte significativa das normas que orientam a aplicação do instituto em comento não possuem previsão legal, mas derivam de uma consolidação de precedentes em um determinado sentido. Ou seja, por mais que a legislação federal americana ostente alguns dispositivos que normatizam a cadeia de custódia – como se verá adiante –, é nos precedentes jurisprudenciais que se deve procurar a maioria das soluções almejadas.

Se as respostas desejadas se encontram nos tribunais, é imprescindível que se faça um corte metodológico, ou seja, deve-se definir qual ou quais cortes serão o foco da pesquisa. O impulso inicial, por certo, seria centralizar a pesquisa na Suprema Corte Americana, porquanto se trata da mais alta instância do país e cujas decisões possuem validade e eficácia em todo o território estadunidense. Todavia, essa alternativa não se revela a mais profícua. Afinal, tanto nos EUA como no Brasil (aliás, mais lá do que cá), a Suprema Corte exerce o papel de Tribunal Constitucional. Desse modo, apenas questões de direito, não de fato, constituem objeto de deliberação por parte daquela corte. Tal realidade acaba por afastar o interesse jurídico na captação de precedentes da Suprema Corte Americana, uma vez que um dos principais escopos deste trabalho está relacionado a aproveitar a experiência jurisprudencial alienígena diante do enfrentamento de problemas concretos relacionados à cadeia de custódia.

Para além, não se pode perder de vista que os Estados Unidos, ao contrário do Brasil, por razões históricas, organizaram-se como uma efetiva federação. Os estados-membros detêm autonomia para legislar sobre as mais variadas matérias, inclusive sobre processo penal, não ostentando mera competência legislativa subsidiária, como ocorre no ordenamento jurídico pátrio. Assim, por mais que, em nível federal, exista uma normatização mínima da cadeia de custódia, tal não se aplica de maneira idêntica a todos os estados integrantes

11 CHOI, Stephen J. GULATI, Mitu. POSNER, Eric A. Which States Have the Best (and Worst) High Courts? *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper Series*, n. 405, mai. 2008.

12 Conferiu-se preferência à importância do julgado do que à sua contemporaneidade. Consequentemente, verificar-se-á uma maior menção a precedentes antigos, que funcionaram como verdadeiros *leading cases*, do que a arestos mais atuais.

13 A título exemplificativo, vide o precedente *United States v. White*, de 1978, de lavra do Tribunal Federal do 5º Circuito.

da Federação, os quais ostentam a prerrogativa de legislar de modo diverso. Significa, na prática, dizer que não se pode colher atabalhoadamente precedentes de toda e qualquer corte estadual, sob pena de se comparar julgados exarados a partir de normativas processuais penais diversas.

Logo, o corte metodológico ideal está em trabalhar, preferencialmente, com julgamentos exarados por tribunais federais, dada a uniformidade da legislação base, e de uma ou outra corte estadual específica. A questão, agora, reside em selecionar um critério de escolha desse tribunal estadual principal que não se revele exclusivamente subjetivista ou utilitário. Neste sentido, optou-se por eleger a corte estadual reputada como aquela que profere decisões de reconhecida qualidade dentre os tribunais americanos de mesma envergadura. Apesar de uma ferrenha disputa com o tribunal californiano, diversos estudos acadêmicos apontam a Suprema Corte do Arkansas como aquela que entrega a melhor prestação jurisdicional dos Estados Unidos¹⁴, razão pela qual a sua jurisprudência será utilizada como base referencial principal para o enfrentamento dos problemas intrínsecos a aplicação prática da cadeia de custódia.

Não se está, frise-se, a excluir todo e qualquer outro precedente inerente à cadeia de custódia do âmbito referencial deste trabalho. Decerto, haverá menção a julgados da Suprema Corte Norte Americana ou de alguma outra corte estadual estadunidense. Afinal, não se pode deixar de trazer à baila precedentes que, dada sua relevância fática, histórica¹⁵ ou jurídica, ou mesmo diante de seu caráter didático, não encontram referencial exato em julgados dos tribunais escolhidos por razões metodológicas. O que deve ficar claro é que o foco deste estudo recairá como regra, por tudo que foi dito, na jurisprudência dos tribunais federais e da Suprema Corte Estadual do Arkansas. Isto posto, passe-se a enfrentar algumas das questões mais aflitivas que revolvem o tratamento da cadeia de custódia, conforme o entendimento jurisprudencial norte-americano.

Por questões lógicas, deve-se iniciar pela tormentosa questão relativa ao momento no qual deva se iniciar o procedimento de formalização da cadeia de custódia, algo de suma importância nas hipóteses em que o encontro da evidência se dá por particulares. Sobre o tema, paira uma certa divergência em nível jurisprudencial. Há julgados que batem pela necessidade de preservação da cadeia de custódia a partir da apreensão do vestígio, independentemente da custódia estatal¹⁶. Todavia, tal

entendimento, além de minoritário, não parece o mais correto. Seria fantasioso imaginar que um particular, que acidentalmente se deparou com algum objeto de interesse criminalístico, iria agir como um perito, isolar o local da apreensão e preencher um formulário técnico apontando as condições de hora e lugar em que se deu o encontro do vestígio. A cadeia de custódia, lembre-se, visa provar que o objeto apresentado é aquilo que se alega ser, bem como que ele manteve suficientemente incólumes suas características probatórias. O instituto, porém, não pode se sobrepor à realidade. As regras de experiência mostram que um particular, ao se deparar com qualquer elemento que possa, por inferência e senso comum, aparentar interesse criminalístico, como uma arma, vestes sujas de sangue, objetos de valor abandonados (*res furtiva*), dentre outros, tende a levar o vestígio até a autoridade policial. Não sem razão, acredita-se que o início da cadeia de custódia se dá com o assenhoreamento do vestígio pelo Estado. Eventuais questionamentos relacionados à guarda do objeto de interesse probatório pelo particular influenciarão no sopesamento da prova pelo julgador, não em sua admissibilidade. Quanto menor o tempo decorrido entre a apreensão e a entrega na polícia, quanto menos efêmeros os vestígios ou mais crível a versão do particular, maior o valor probatório que deverá ser conferido àquele elemento.

Ao agasalhar esse último entendimento, a Suprema Corte do Estado de Indiana, no julgamento dos casos *Zupp v. State* (1972) e *Williams v. State* (1978), aduziu que ao Estado não pode ser imposto o ônus de se responsabilizar pela custódia de objetos que ainda não se encontram em sua posse. Em *Thornton v. State* (1978), aquele mesmo tribunal replicou o referido entendimento, desta feita por analogia, a uma situação na qual um item de interesse criminalístico fora descoberto nas imediações da cena do crime somente após o decurso de um significativo espaço de tempo. Em todas as situações, a possibilidade de que algo tenha alterado a autenticidade ou a integridade da prova será fator a influenciar o peso conferido àquela evidência, não à sua admissibilidade. Não se pode sancionar os agentes públicos imbuídos da persecução penal com a retirada de uma prova do caso sem que eles tenham incorrido em qualquer ilegalidade.

No Brasil, a regulamentação da cadeia de custódia favorece o acolhimento desse entendimento. Com efeito, malgrado o p. 1º do art. 158-A disponha que o início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime, sabe-se que essa preservação compete aos órgãos policiais, por força do art. 6º, I, CPP. Esse entendimento não

14 O caso *State v. Conley*, julgado pela Corte de Apelações de Ohio em 1971, trata do tema detalhadamente.

15 Positivada, em nível federal, na *Rule 1002*.

16 Vide *United States v. Workinger* (1996), julgamento levado a cabo pelo Tribunal Federal do 9º Circuito.

escapa da leitura completa do dispositivo que estabelece como alternativa à preservação “procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio”, procedimentos estes que, naturalmente, nos casos de vestígios coletados por particulares, terão início quando tais vestígios forem entregues aos órgãos policiais que farão os procedimentos pertinentes a caracterizá-los enquanto tais. Em complemento, o p. 2º do art. 158-A, CPP determina responsabilidade do agente público à vista do reconhecimento de um “*elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial*”, do que se extrai, *a contrario sensu*, que o particular não está obrigado a agir da mesma forma.

Se a cadeia de custódia se inicia, repita-se, apesar de alguma divergência, com a posse do objeto pelos órgãos estatais imbuídos da persecução penal, deve-se perquirir, como consectário lógico desse raciocínio, qual o seu termo final. Aqui, a jurisprudência não vacila e aponta que o momento derradeiro da cadeia de custódia dependerá, invariavelmente, do propósito da evidência. Se o propósito da manutenção da cadeia de custódia daquela evidência se relaciona apenas ao reconhecimento em juízo do próprio vestígio, esse será o termo final da cadeia de custódia. Seria o caso, por exemplo, das vestes utilizadas pelo suspeito de cometimento de um delito, uma vez apresentadas para reconhecimento em audiência. Lado outro, se o interesse criminalístico da evidência recair sobre as suas propriedades probatórias, então a análise pericial configurará esse termo final, como ocorre, a título ilustrativo, com os casos de moeda falsa¹⁷.

Sérios problemas advêm daquelas situações em que a evidência acaba destruída ao longo do trâmite da persecução, algo que pode ocorrer até como uma consequência do procedimento de avaliação pericial. Isso porque, em tese, tal circunstância poderia, ainda que em um grau reduzido, violar a garantia do contraditório, ao impedir que o réu viesse a contestar, diretamente, o conteúdo ou a substância daquela evidência. No entanto, a jurisprudência norte-americana, ao se debruçar seguidamente sobre essa questão, passou a adotar, com o escopo de solucionar a celeuma, uma prática que lembra a *best evidence rule*¹⁸. De acordo com essa normativa, é dado à parte apresentar ao Tribunal uma evidência de natureza secundária, desde que exista uma razão válida para a impossibilidade de oferta da original. Assim, mostra-se perfeitamente cabível a admissão de um testemunho ou transcrição como substitutivo de escritos, fotografias ou gravações, naqueles cenários

em que se revela inviável a apresentação do elemento de prova original¹⁹. Destarte, dentro dessa lógica, um laudo pericial acrescido da prova testemunhal se mostra suficiente para demonstrar que a droga testada em laboratório correspondia àquela colhida na cena do crime, independentemente de sua apresentação física em juízo²⁰, sendo certo que o descarte antecipado da prova não acarretará qualquer tipo de consequência jurídico-processual. Esse entendimento parece integralmente pertinente para com os ditames do processo penal brasileiro, bastando que, após a evidência esgotar sua utilidade, seja formalizado judicialmente o pedido de descarte. (art. 158-B, X, do CPP).

Neste momento, chega-se à questão mais tormentosa envolvendo a cadeia de custódia, qual seja a sua quebra. Curioso como há uma proliferação de produção doutrinária no Brasil acerca do tema em um cenário em que poucos autores se aventuram a proceder à sua definição. De todo modo, possuindo como ponto de partida o conceito legal de cadeia de custódia, entende-se a sua quebra como a falha do Estado em demonstrar a regular posse da evidência em um determinado momento, desde a sua apreensão até a sua disposição final.

Pois bem, conforme já implicitamente adiantado alhures, em uma análise *a contrario sensu* da jurisprudência norte-americana, pode-se cravar que a cadeia de custódia será relevante, como regra, nos casos envolvendo vestígios que possam ser classificados como bens fungíveis, em elementos sujeitos a análises laboratoriais ou periciais em geral e naquelas provas nas quais a condição do objeto se afigura relevante. Nesses cenários, a prova da cadeia de custódia se mostrará essencial para demonstrar a verdadeira identidade do item ou sua condição inalterada. Daí o perigo representado por eventual quebra da cadeia de custódia, expressão que, repita-se, expressa uma falha, um defeito em algum elo encadeado na cronologia do vestígio.

Como igualmente arriscado se configura o desprezo de uma prova lídima por um mero defeito de formalização, vislumbra-se, de plano, a relevância da análise das consequências da quebra de cadeia de custódia. Ou, posto de maneira direta, sem rodeios, importante perquirir qual a decorrência da quebra da cadeia de custódia para o processo penal.

17 *States v. Bailey*, 1960, julgado pelo Tribunal Federal do 7º Circuito.

18 *Trantham v. State*, caso pelo julgado pela Corte de Apelações de Oklahoma em 1973.

19 *States v. Williams*, caso pelo julgado pelo Tribunal Federal do 1º Circuito em 1986.

20 Em *United States v. Lampson*, caso julgado pelo Tribunal Federal do 7º Circuito em 1980, a Corte entendeu que um policial responsável, tão e unicamente, pelo transporte da evidência, não precisaria testemunhar para fins de provar a rastreabilidade do vestígio, situação essa que encontra paralelo com a de recepcionistas de delegacias e outros órgãos públicos no Brasil.

Nos Estados Unidos da América, em virtude de décadas de enfrentamento da matéria, essa questão já constitui objeto de consenso. As linhas gerais que revolvem a celeuma se encontram bem demarcadas pela jurisprudência. Sucintamente, a mera quebra da cadeia de custódia não implica a inadmissibilidade automática da prova. Pelo contrário, são muitas as balizas que precisam ser ultrapassadas para que tal fenômeno, de natureza excepcional, ocorra.

A primeira dessas balizas perpassa pelo entendimento do que, ou melhor, de quem são os verdadeiros elos da cadeia de custódia. O conceito de elo, aliás, denota a magnitude da influência da *common law* no instituto da cadeia de custódia, pois, nos países de matiz jurídica anglo-saxã, emprega-se a expressão *chain of custody* (ou corrente de custódia, em tradução literal) para se referir ao instituto em comento. De todo modo, fato é que, conforme o tratamento jurídico conferido pelos norte-americanos à matéria, pessoas responsáveis pelo simples transporte ou repasse da evidência representam elos menores e não integram propriamente a cadeia de custódia para fins de rastreabilidade da prova. Tal entendimento encontra perfeita correspondência no ordenamento jurídico brasileiro, mormente no art. 1196 do Código Civil. Os meros detentores da evidência, como um carteiro²¹, um assistente de laboratório²² ou um recepcionista²³, não serão considerados juridicamente elos da cadeia de custódia. Deve-se, em um raciocínio inverso, reputar como elos efetivos da cadeia apenas aqueles que agem como se fossem efetivas possuidoras do vestígio, a exemplo de policiais, peritos e integrantes do sistema de justiça.

Assim, desde já, extrai-se uma primeira conclusão, qual seja a de que nem todas as pessoas que entram em contato com a evidência integram efetivamente a *chain of custody*. Elos menores, os meros detentores da evidência, não integram a cadeia de custódia para quaisquer fins de Direito. Logo, a ausência de indicação da detenção da evidência por um elo menor não implica em quebra de cadeia de custódia, porquanto essas pessoas não a integram verdadeiramente. Ainda nesse mesmo contexto, deve-se frisar que a jurisprudência norte-americana, com acerto, assevera que a simples

possibilidade de acesso de terceiros à evidência não torna essas pessoas integrantes da cadeia de custódia²⁴. Deveras, seria absurdo exigir que um faxineiro, que varre a central de custódia, fosse obrigado a formalizar sua presença no cômodo sempre que lá entrasse para exercer seu ofício. Ou seja, a potencialidade de acesso à evidência não altera a formalização dos elos da cadeia de custódia nem, por óbvio, dá ensejo à sua quebra. Apenas o possuidor, sob cuja responsabilidade direta o bem se encontra, ao agir em nome do Estado, pode ser reputado como elo da cadeia de custódia. Logo, repise-se, apenas haverá uma quebra da cadeia de custódia se vier a se mostrar impossível ao Estado prestar contas sobre a posse exercida por esse elo efetivo sobre a evidência.

Antes de passar para a próxima baliza, frise-se que o controle da cadeia de custódia nos EUA e no Brasil ostenta contornos diferentes, muito em virtude da tradição jurídica de cada país. Nos Estados Unidos da América, no qual vige o sistema jurídico do *common law*, ainda que temperado, há uma forte tradição de oralidade no Direito. Consequentemente, assim como os debates entre acusação e defesa ocorrem oralmente (no contexto de um processo verdadeiramente adversarial), o mesmo se verifica quanto à apresentação de provas em juízo. Significa dizer que, lá, a prova da cadeia de custódia possui natureza eminentemente oral, de modo que, regra geral, ela se materializa por meio de testemunhos em juízo daqueles que atuaram como elos efetivos da cadeia²⁵. No Brasil, entretanto, a matriz jurídica nacional encontra raízes na *civil law* e, por conseguinte, prevalece uma tradição escrita e cartorial nos processos. Não por outra razão, a cadeia de custódia no Brasil, nos termos do nosso Código de Processo Penal, mais precisamente conforme dicção do art. 158-E, deverá ser provada, precipuamente, pela forma documental. Essa advertência se faz necessária para que não cause espanto a constatação de que, em alguns dos precedentes jurisprudenciais norte-americanos citados (e ainda por citar), vincula-se a quebra da cadeia de custódia à ausência do depoimento de alguém que, conforme o encadeamento de testemunhos, constituía um dos elos efetivos da corrente. Portanto, imperativo que se faça a devida adaptação hermenêutica para, trazendo a razão de decidir dos precedentes norte-americanos para o Brasil, conclua-se que, no nosso ordenamento jurídico, a falha na cadeia de custódia será

21 Veja-se: *Gallego v. United States*, julgamento prolatado pelo Tribunal Federal do 9º Circuito, em 1960; *United States v. Fletcher*, julgamento prolatado pelo Tribunal Federal do 5º Circuito, em 1973; *Reyes v. United States*, julgamento prolatado pelo Tribunal Federal do 9º Circuito, em 1967.

22 Assim asseverou a Suprema Corte dos EUA no julgamento do caso *Melendez-Díaz v. Massachusetts*, julgado em 2009.

23 Em *Wilson v. State* (1982), a Suprema Corte do Arkansas consignou, expressamente, que, para provar a autenticidade da evidência, o Estado deveria demonstrar uma probabilidade razoável de que a evidência não teria sido alterada de uma maneira significativa.

24 (a) *IN GENERAL. To satisfy the requirement of authenticating or identifying an item of evidence, the proponent must produce evidence sufficient to support a finding that the item is what the proponent claims it is.*

25 Vide *White v. State*, julgado pela Suprema Corte do Arkansas em 1986.

constatada a partir de um defeito de encadeamento no documento que formaliza o caminho da evidência, a partir de sua apreensão até ter esgotado a sua finalidade.

A segunda baliza posta pela jurisprudência norte-americana para tratamento da questão relativa à quebra da cadeia de custódia reside na constatação de que esse fenômeno admite uma gradação. Tradicionalmente, vigia nos Estados Unidos, em nível jurisprudencial, a ideia de que a cadeia de custódia não precisava ser perfeita, mas deveria tão-somente assegurar uma probabilidade razoável quanto à identidade e condição do vestígio²⁶. O *standart* probatório imposto ao Estado limitava-se, repita-se, à demonstração de uma mera probabilidade razoável de mesmidade. Ocorre que, em sua redação atual, a *Federal Rule of Evidence* 901 (a)²⁷ estabeleceu expressamente que, para satisfazer a exigência de autenticação e identificação de um item de evidência, o proponente deve produzir prova suficiente a sustentar que o objeto é aquilo que o proponente alega ser. Conquanto um juízo de perfeição jamais tenha sido objeto de exigência, pode-se afirmar que, paulatinamente, o *standard* de probabilidade razoável passou, com fundamento na lei, para um mero juízo de suficiência da cadeia de custódia²⁸.

Perceba-se, então, que o ônus relativo à transparência e confiabilidade da prova, que recai sobre quem oferece a evidência, é de mera suficiência, e nada mais. Basta que se afigure mais provável que improvável que um determinado item de prova seja legítimo e conservado para que haja a sua admissão em juízo. A falha da cadeia de custódia pode se verificar e, mesmo assim, a prova deverá ser aceita em juízo, desde que ela se revele suficiente para atender às finalidades a que se propõe. A única influência exercida pela quebra da cadeia de custódia no processo penal, como regra, abarcará o peso probatório conferido ao vestígio admitido quando do julgamento, uma vez que o juiz possui discricionariedade

para admitir a prova a despeito da verificação de falhas na corrente²⁹.

Oferecendo uma resposta concreta à questão posta alhures com as palavras do Tribunal Federal do 5º Circuito, a quebra da cadeia de custódia não deverá influenciar em sua admissibilidade em juízo, mas apenas no peso probatório da evidência³⁰. Dito de outro modo, vige atualmente o postulado segundo o qual a dúvida será dirimida pela aceitação da prova. Nota-se que, partindo da redação atual da *Federal Rule of Evidence* 901(a), a jurisprudência flexibilizou ainda mais o seu entendimento tradicional, o qual passou de uma exigência de probabilidade razoável de mesmidade³¹ como critério para admissibilidade da prova para um *standard* de simples suficiência. Na prática, admite-se a prova mesmo que haja pequenas discrepâncias na cadeia de custódia documental, como data³², peso³³, numeração³⁴ ou etiquetamento³⁵ incorretos. Prevalece, a partir de uma interpretação da regra federal supracitada, em favor da acusação, uma presunção de regularidade da prova apresentada. A Suprema Corte do Arkansas, ao agasalhar essa máxima vem reiteradamente afirmando que o juiz da causa possui discricionariedade para aceitar a prova e que somente a presença de indicativos de adulteração da evidência justifica a reforma da decisão que admitiu a sua apresentação em juízo³⁶.

Ainda seguindo esse mesmo raciocínio, a jurisprudência estadunidense, reconhecendo que pesa em favor do Estado-acusação uma presunção de regularidade da prova, e atestando que a evidência deve ser aceita após perpassar por um *standart* de mera suficiência, vem aceitando a substituição de elos faltantes da cadeia de custódia por outros secundários, ainda que se tratando de bens infugíveis, nos quais, como asseverado alhures, há um maior rigor no exame

26 Vide *Hubbard v. State*, julgado pela Suprema Corte do Arkansas em 1991.

27 *Ballou v. Henri Studios*, Tribunal Federal do 5º Circuito, 1981. *United States v. Shaw*, Tribunal Federal do 5º Circuito, 1991.

28 Expressão largamente empregada pela Suprema Corte da Espanha – vide STS 798/2013, de 5 de novembro de 2013 – para se referir à exigência de autenticidade do vestígio.

29 Vide *United States v. Barcella*, caso julgado pelo Tribunal Federal do 1º Circuito em 1970.

30 Vide *United States v. Godoy*, caso julgado pelo Tribunal Federal do 9º Circuito em 1975.

31 Vide *United States v. Hon*, caso julgado pelo Tribunal Federal do 2º Circuito em 1990.

32 Vide *United States v. Allocco*, caso julgado pelo Tribunal Federal do 2º Circuito em 1956.

33 Vide *Gomez v. State* (1991) e *Holbird v. State* (1990).

34 Exemplificativamente, o Tribunal Federal do 3º Circuito, ao examinar o caso *United States v. Jones* (1975), estatuiu que o depoimento de um policial infiltrado poderia substituir o do informante que, diretamente, havia adquirido drogas das mãos do réu.

35 PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia obtida por métodos ocultos*. - 1. ed. - São Paulo : Marcial Pons, 2014, p. 92.

36 Deixar-se-á de discorrer sobre esses dois primeiros pontos, tendo em vista que, quando da apresentação do tratamento jurídico a eles conferido pela jurisprudência norte-americana, as razões de seu desacerto já constituíram objeto de divagação.

da corrente³⁷.

Ao examinar o caso *Lee v. State* (1996), a Suprema Corte do Arkansas prolatou um julgamento que resume todas as linhas argumentativas acima expostas. Naquela ocasião, enfrentou-se uma situação na qual a defesa questionava a quebra da cadeia de custódia na preservação de uma amostra de sangue obtida no contexto de um crime de estupro. A defesa técnica se insurgia contra a admissibilidade do vestígio, sob o argumento de que muitas pessoas, em tese, teriam acesso àquela amostra, algo que teria o condão potencial de adulterá-la. Aquele Tribunal, então, inicialmente, cravou que a amostra de sangue, por se tratar de um bem infungível (chamado, em tradução literal, de item substituível), exige uma cadeia de custódia mais conclusiva que objetos suscetíveis a uma pronta identificação. Todavia, cravou-se que não se permite impor sobre o Estado a obrigação de eliminar toda e qualquer possibilidade de adulteração, ao que se acrescentou que a mera possibilidade de acesso de pessoas ao material não se afigura como causa suficiente a colocar em xeque os resultados da perícia. A inadmissibilidade da prova depende da demonstração de indícios de adulteração, ônus que recai sobre quem alega.

A retirada de uma prova do processo por violação à cadeia de custódia implica, diante de tudo o que se expôs, uma medida de natureza excepcional. Para ilustrar o quão deficiente deve ser uma cadeia de custódia para ser reputada insuficiente, veja-se o interessante caso *State v. Pulley*, de grande repercussão, analisado pela Suprema Corte da Carolina do Sul em 2018. Naquela oportunidade, o Tribunal concluiu que a prova contestada – uma determinada quantia de droga – deveria ser reputada como inadmissível, porquanto: a) os objetos fungíveis exigem mais precisão da cadeia de custódia, que ela seja mais conclusiva, dada a própria natureza do vestígio; b) o policial que, de acordo com as câmeras de segurança, transportou a droga, cravou, em juízo, que não fora ele o responsável por aquela diligência; c) um segundo policial afirmou, em um momento inicial, que deixara a droga sobre o capô do veículo do primeiro. Todavia, ao ser reinquirido, disse que, pessoalmente, transportou a droga até a delegacia; d) não havia qualquer documentação assinada a identificar quem, efetivamente, teve a posse e transportou a droga da cena do crime até a Delegacia de Polícia. A confusão presente no caso era tamanha que, realmente, não se afigurava possível aduzir, com segurança, que a droga examinada pelos peritos era aquela retirada da cena do crime. Assim, diante da natureza fungível do vestígio, da confusão de testemunhos, da inexistência de documentos a revelar os

responsáveis pela posse das amostras e da presença de efetivo prejuízo ao réu pela falha, não restou alternativa ao Tribunal que não subverter a presunção de legitimidade da evidência para retirá-la do processo.

Concluindo, a quebra da cadeia de custódia, como regra, não acarretará a inadmissibilidade das provas arrecadadas. Com efeito, tendo em vista que vige a presunção de legitimidade das provas apresentadas pelo Estado-acusação e o postulado da suficiência da integridade da cadeia de custódia, eventuais deficiências na corrente somente influenciarão no peso atribuído à evidência pelo julgador. A exclusão das provas do processo por quebra da cadeia de custódia, pois, configura medida absolutamente excepcional, cujo ônus recai sobre quem alega e que perpassa por uma demonstração inequívoca de prejuízo.

Fixada a natureza excepcional da exclusão de provas por quebra da cadeia de custódia, resta saber qual o momento pertinente para a arguição desse defeito. Não obstante reconhecer reiteradamente a importância da cadeia de custódia para fins de garantia de um provimento jurisdicional de melhor qualidade, as cortes estadunidenses sustentam hodiernamente que a contestação à cadeia de custódia deve ser feita no momento da sua apresentação em juízo. Quaisquer objeções à regularidade da corrente formuladas após a oferta da prova em juízo serão reputadas extemporâneas e não serão conhecidas sequer em grau recursal. Com base nesse entendimento, a Corte Suprema do Arkansas denegou recursos interpostos nos casos *Pryor v. State* (1993) e *Dixon v. State* (1992), pois a defesa técnica, conquanto alegasse em sede recursal a existência de defeitos na cadeia de custódia, deixara de consignar sua irresignação no momento em que a evidência fora apresentada em juízo.

De forma geral, esses são os contornos conferidos pela jurisprudência norte-americana ao instituto da *chain of custody*, que flagrantemente inspirou o legislador brasileiro responsável pela introdução, no CPP, dos artigos 158-A e seguintes. Merece aplausos a abordagem conferida pelos norte-americanos à matéria, pois ao mesmo tempo em que primam por garantir a mesmidade do vestígio, também se recordam que as formalidades inerentes à cadeia de custódia não constituem um fim em si próprias. Essa relevante experiência, construída a partir de décadas de exame de situações concretas, deveria ser trazida ao Brasil, tarefa que caberia, dada sua própria natureza, à doutrina pátria. Infelizmente, alguns setores doutrinários brasileiros, de maneira inexplicável, parecem querer fazer vistas grossas a esse entendimento equilibrado, lógico, refletido e de fácil aceção.

37 PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia obtida por métodos ocultos*. - 1. ed. - São Paulo : Marcial Pons, 2014, p. 86.

DA CADEIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE IMPUNIDADE

Após analisar reiterada e profundamente a jurisprudência norte-americana, causa verdadeira espécie examinar o que parte da doutrina brasileira vem propondo no que tange à interpretação dos dispositivos legais que tratam da cadeia de custódia no país. Não há como fugir da sensação de que o Estado e as vítimas não possuem vez no Processo Penal, o qual passou, de instrumento de garantia do cidadão em face do poder punitivo estatal, a escudo para a ocultação de patifarias.

Neste contexto, com devida vênia ao eminente autor, mostra-se impraticável aderir às propostas ofertadas por Geraldo Prado, uma das maiores sumidades nacionais no assunto cadeia de custódia. Em obra exclusiva sobre o tema, bem como em artigos e palestras sobre a matéria, o renomado autor defende, sem maiores delongas, que a quebra da cadeia de custódia acarreta a inadmissibilidade da prova ofertada em juízo. Sustenta que a cadeia de custódia constituiria uma garantia processual de natureza constitucional e que, neste norte, a sua violação implicaria em lesão à norma que proíbe a produção de provas por meios ilícitos. A quebra da cadeia de custódia, assim, implicaria a impossibilidade de valoração da prova pelo julgador, funcionando, pois, como um critério de controle epistêmico dos provimentos jurisdicionais³⁸.

Dentre as ideias extraídas dos escritos do eminente autor, estão, também: a de que o marco inicial da cadeia de custódia reside em sua apreensão, mesmo na hipótese de encontro do vestígio por particulares; a de que todos os detentores do vestígio devam integrar a cadeia de custódia³⁹; a de que o instituto serve para evitar a prolação de decisões arbitrárias⁴⁰.

Em sentido similar, Aury Lopes Jr. e Alexandre Rosa, eminentes autores de envergadura nacional, advogam que toda e qualquer contaminação da cadeia de custódia afasta a validade das provas. Ambos arguem que a proibição do uso da prova como consequência de um defeito na cadeia de custódia deva produzir um efeito dissuasivo capaz de desestimular as agências repressivas a socorrerem-se de práticas ilegais para

obter punição. Neste contexto, batem pelo imperativo de diminuição do espaço de discricionariedade judicial por meio da exclusão das provas nas quais haja falha em um dos elos da corrente de custódia e louvam a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC n. 160.662/RJ, o qual adotou posicionamentos consentâneos com essa linha de pensamento.

Todavia, por mais respeito que mereçam os festejados doutrinadores, a ciência se constrói a partir de uma perspectiva dialética e, no ponto, impossível anuir para com o entendimento por eles desenvolvido. Posicionamento esse que, em suma, pode se traduzir como uma absolutização máxima, irrestrita e ilimitada da raiz cartorial brasileira, na apoteose jurídica da folha de papel. Afinal, a cadeia de custódia nada mais representa, de acordo com a própria definição legal do instituto, do que a documentação do histórico cronológico do vestígio. Uma *paper trail*, como gostam de dizer os norte-americanos. Portanto, afigura-se imprudente, para se dizer o mínimo, aceitar que a ausência de identificação do carteiro responsável pela entrega de um envelope lacrado contendo um vestígio no laboratório policial onde se realiza uma perícia possua o condão de nulificar o resultado da análise técnica que ali constatou a existência de evidências de interesse criminalístico, capazes de confirmar ou afastar suspeitas que pairam sobre um determinado cidadão submetido à persecução penal.

A bem dizer, com redobrada vênia, observa-se que a argumentação acima exposta peca por petição de princípio. Afinal, os autores citados iniciam o seu raciocínio a partir de uma premissa equivocada, porquanto inserem toda a problemática que envolve a cadeia de custódia no âmbito da inadmissibilidade das provas ilícitas. Algo que, seguramente, nenhuma relação possui com defeitos da corrente e que, por conseguinte, conduz a uma conclusão completamente desacertada.

Como ponto de partida para a crítica ora formulada, não se pode perder de vista que a Constituição Federal do Brasil prevê a inadmissibilidade das provas produzidas por meios ilícitos. Note-se que o próprio legislador constitucional salientou que nem toda violação a uma norma jurídica implicará na inadmissibilidade da prova, mas tão somente aquelas práticas ilegais relativas à maneira de sua obtenção. A noção de prova obtida por meio ilícito está, destarte, diretamente vinculada ao momento

38 Veja-se, sobre o tema, o acórdão STS 709/2013, de 10 de Outubro de 2013, no qual a Suprema Corte da Espanha consigna, expressamente, em tradução livre, que atuações no curso de uma investigação policial ou judicial devem ser reputadas como legalmente efetuadas. Com esse argumento, o Tribunal asseverou que meras suspeitas são incapazes de macular a cadeia de custódia, cuja prova da quebra constitui ônus de quem alega. No mesmo norte: STS 680/2011, de 22 de junho de 2011.

39 Icônico caso julgado pela Suprema Corte Norte-Americana em 1963, no qual se estabeleceu o dever de compartilhamento de elementos probatórios que interessem à defesa por parte da acusação.

40 PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Juspodvim. 2022, p. 391.

de sua apreensão, não com o de sua apresentação dentro do processo. Dessa constatação extrai-se que, no processo penal, conviverão dois regimes diversos, o da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, de natureza extraprocessual, cuja consequência será a retirada da evidência dos autos devido a uma lesão a um direito material, e o das nulidades, de caráter endoprocessual, que poderá exigir o refazimento do ato, em virtude uma ofensa a norma de índole processual.

Ora, um mero exame perfunctório da cadeia de custódia já serve para revelar que, aqui, labora-se no campo da teoria das nulidades. Isso porque, por mais que haja um defeito na formalização da cadeia de custódia, essa falha não se relaciona aos meios pelos quais se obteve a evidência. A ausência de identificação do policial responsável pelo recebimento da arma do crime na central de custódia na ficha que acompanha o vestígio não desnatura o ato de encontro do armamento. O meio de apreensão do vestígio, a exemplo de uma busca pessoal em pessoa que aparentava comportamento suspeito, continua legal e legítimo, independentemente de uma folha de papel estar ou não assinada. Logo, inexistente fundamento jurídico apto a embasar a retirada desse armamento do processo. Na prática, significa dizer que poderá a defesa técnica arguir que a ausência de firma do policial na ficha de acompanhamento do vestígio configura irregularidade endoprocessual por violação ao art. 158-A. Essa alegação de ilegitimidade da prova se submeterá aos ditames da teoria das nulidades, em especial o imperativo de demonstração de efetivo prejuízo ao réu. Todavia, esse fenômeno em nada se relaciona com suposta violação ao art. 5º, LVI, da CF/88.

Perceba-se, portanto, ser insustentável o posicionamento segundo o qual a quebra da cadeia de custódia consistiria em uma lesão a preceitos constitucionais. Isso porque, repita-se, um defeito nos papéis que acompanham o vestígio não interfere na sua obtenção. Chega a causar espanto meramente sugerir que a ausência de identificação de uma pessoa que possuiu o vestígio possa ser equiparada a uma prova obtida por tortura, por interceptação telefônica realizada sem autorização judicial ou por violação ilegal de domicílio. Não há espaço, dentro de um processo penal que se diga integralmente garantista, para a deificação de uma folha de papel.

Destarte, acredita-se que a quebra da cadeia de custódia constitua tema a ser tratado no bojo da teoria das nulidades. E, em se tratando de desrespeito a uma norma de natureza infraconstitucional, estar-se-á diante, em caso de identificação de eventual falha, de uma nulidade de índole relativa. Significa dizer que, para ser reconhecida, a nulidade dependerá da demonstração de efetivo prejuízo por parte do cidadão submetido à persecução penal e que, além disso, deverá ser suscitada

pela defesa técnica na primeira ocasião cabível, sob pena de preclusão.

Interessante anotar como, a partir do momento em que se transfere o local de exame da problemática relativa à quebra de cadeia de custódia da seara da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos para o campo da teoria das nulidades, todas as experiências colhidas pela jurisprudência estadunidense passam a calhar pertinência. A possibilidade de substituição da ficha de acompanhamento do vestígio infungível por outros meios de prova, por exemplo, revela plena adequação para com a exigência de demonstração de prejuízo para a defesa como pressuposto para o reconhecimento de eventual nulidade. O mesmo se diga do imperativo de alegação tempestiva da violação à cadeia de custódia, adequada à teoria das nulidades, mas incabível em se tratando de provas obtidas por meios ilícitos. Até mesmo a possibilidade de superação do defeito processual percebido na cadeia de custódia, com a ressalva de que a falha será levada em conta para fins exclusivos de sopesamento, somente encontra arrimo no âmbito das nulidades relativas, pois, como já asseverado, uma prova obtida por meio ilícito deve ser impreterivelmente retirada do processo (ressalvadas, por certo, as exceções legais a exemplo daquelas previstas no art. 157 do CPP).

Em vista de todo o exposto, resta clara a incorreção na qual incidiram os autores supracitados ao alocarem a questão da quebra da cadeia de custódia na seara da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Além de equipararem, equivocadamente, defeitos no meio da obtenção da prova com falhas nos documentos que a acompanham, situações completamente diversas do ponto de vista ontológico, essa corrente ainda se afastou dos ensinamentos norte-americanos que serviram de inspiração ao legislador infraconstitucional pátrio. Porém, se não bastasse, há ainda um segundo problema teórico grave vislumbrado na construção por eles proposta, o qual, dada a sua lesividade potencial aos ditames de um garantismo integral, merece ser enfrentado.

Em síntese, o ramo da doutrina nacional capitaneado pelos respeitados autores em voga sustenta que a relevância da cadeia de custódia para o processo penal advém de seu papel de controle epistêmico das decisões judiciais. O argumento, em si, merece apenas aplausos e reconhecimento. De fato, o chamado “decisicionismo” representa uma prática a ser evitada pelos magistrados, tendo em vista que a concessão de tratamento jurídico diverso a pessoas postas em situações jurídicas análogas não implica apenas um fator de insegurança jurídica, mas, também, uma lesão profunda à garantia constitucional da igualdade. A retirada dos autos de uma prova que aparenta não ser aquilo que se alega ou que teve sua substância modificada a ponto de ter suas capacidades probatórias alteradas, seguramente,

serve como um instrumento objetivo de controle da subjetividade das decisões judiciais, propiciando uma prestação jurisdicional de maior qualidade.

O que os autores propõem, contudo, ao sugerirem a retirada dos autos de toda e qualquer prova que apresentar uma falha formal na ficha que deve acompanhar o vestígio não pode ser considerado como salutar controle epistêmico, mas como censura ao poder judicante do magistrado. É como dizer que o juiz não ostentaria condições de avaliar (justificadamente, por certo, em razão da necessidade de se propiciar o enfrentamento racional de seus argumentos) em nenhum caso, em qualquer hipótese, o quão relevante se afigurou a falha na cadeia de custódia. Isso não se trata de controlar o “decisionismo”, mas de efetivamente impedir o magistrado de realizar os juízos de valor que constituem o elemento central da função estatal por ele desempenhada. Estar-se-ia diante da estranha figura do magistrado reputado como incapaz de julgar, daquele a quem se veda a possibilidade de exercer a função de Estado-juiz, da criação, enfim, de um verdadeiro não-juiz.

Mais uma vez, observe-se que a figura do não-juiz, petrificado, amarrado, incapaz de ver, pensar, raciocinar e julgar, se encontra em frontal confronto com aquilo que constitui o entendimento desenvolvido pela jurisprudência norte-americana ao tratar da questão inerente à quebra da cadeia de custódia. Lá, conforme elucidado alhures, os Tribunais há muito já sedimentaram um posicionamento diametralmente oposto, segundo o qual somente abuso evidente no uso da discricionariedade judicial autoriza a retirada da prova do processo a pretexto de defeito na corrente. Esse posicionamento é aquele que se revela mais adequado para com a própria função do juiz, qual seja a de julgar, e reflete a sua reconhecida capacidade técnica de sopesar eventuais defeitos na documentação que acompanha o vestígio quando da indicação dos fundamentos que levaram à formação de seu convencimento. Além disso, tal entendimento reconhece que a Justiça representa um conceito criado pelo homem e, como tal, estará necessariamente e invariavelmente envolto por camadas de subjetivismo.

Antes de prosseguir, ressalte-se que causa perplexidade sugerir que agências estatais “repressivas” se valeriam do emprego de práticas ilegais como forma de se obter punição. Esse representa, inclusive, um dos fundamentos como base para construir o raciocínio monocular hiperbólico que propõe a retirada dos autos de todo e qualquer elemento de prova desacompanhado de uma sublime e impecável trilha de papel. Cuida-se, mais uma vez, de argumento que peca

por petição de princípio. Isso porque, ao ler a obra de Aury Lopes Jr. e Alexandre Rosa, ora criticada, percebe-se que nenhum dos autores traz à baila elementos científicos capazes de conferir supedâneo a essa afirmação. Inexiste sequer menção a dados empíricos aptos a sustentar a existência de uma preocupante empreitada estatal na busca pela fabricação de culpados. Portanto, deve prevalecer aquilo que a legislação brasileira prevê, ou seja, a presunção de veracidade e legitimidade dos atos estatais, na mesma esteira daquilo que decidem as cortes estadunidenses. O ônus de provar eventual quebra da cadeia de custódia recai, exclusivamente, sobre quem alega. Mais que isso, supera-se, com base na lei, meras conjecturas subjetivas desse setor doutrinário – que tanto diz querer combater o subjetivismo.

Consigne-se que não se pode confundir aquilo que os autores ora criticados chamam de princípio da desconfiança com presunção de irregularidades na conduta do Estado imbuído da persecução penal. Afinal, por mais que, em um Estado Democrático de Direito, seja dado às pessoas o lúdico direito de conhecer e contestar práticas estatais, não se pode confundir essa prerrogativa com uma regra de inversão do ônus da prova com base em uma suposta – não empírica – parcialidade do poder público. O equívoco dessa espécie de raciocínio pode ser escancarada a partir de exercícios simples de lógica. Se a exigência de desconfiança estatal decorre do simples fato de que a ele incumbe a função persecutória criminal, como explicar que, esse mesmo Estado, em um mesmo processo, venha também a exercer a tarefa de defesa dos direitos das pessoas economicamente vulneráveis ou hipossuficientes? Estaria o Estado, então, se valendo de seu poder para fabricar inocentes? Não faz o menor sentido imaginar que o Estado atuaria desse modo e privilegiaria uma função em detrimento da outra. E essa perplexidade deriva do fato de que o princípio da desconfiança não supera, de *per se*, a presunção de legitimidade da coleta de prova pelo Estado, somente afastável mediante suspeita razoável de manipulação, conforme reiteradamente decidido pelo Tribunal Supremo da Espanha⁴¹, que tanto inspirou o setor da doutrina sobre o qual versa este tópico.

O perigo em se adotar esse tipo de entendimento em sede doutrinária reside no receio de sua eventual adoção jurisprudencial, como ocorreu quando do julgamento do fatídico HC n. 160.162/RJ pelo Superior Tribunal de Justiça. Naquela oportunidade, debruçava-se a Colenda Corte sobre a legalidade de um conjunto de interceptações telefônicas realizadas pela polícia judiciária com autorização judicial. Após ter contato com o material resultante da quebra de sigilo telefônico, a

41 MAGNO, Levy Emanuel. COMPLOIER, Mylene. Cadeia de custódia da prova penal. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 22, nº 57, p. 195-219, Janeiro-Março/2021

defesa técnica, no lícito exercício do contraditório, apontou a ausência de algumas conversas que deveriam ter sido captadas e armazenadas ao longo da diligência do material disponibilizado para análise. Instada a esclarecer os apontamentos efetuados, a autoridade policial informou que havia descartado um determinado número de diálogos ao perceber que eles não guardavam pertinência para com os fatos investigados. Diante dessa informação, a defesa técnica impetrou habeas corpus perante o STJ, ocasião na qual sustentou, dentre outras questões, que essa ação da polícia judiciária implicaria uma quebra da cadeia de custódia, razão pela qual todos os diálogos obtidos a partir da medida cautelar de quebra de sigilo telefônico deveriam ser reputados inadmissíveis e, conseqüentemente, retirados dos autos. O Superior Tribunal de Justiça, citando, inclusive, a doutrina de Geraldo Prado, acolheu integralmente a argumentação e a pretensão defensivas.

Data máxima vênua, a Colenda Corte, ao assim decidir, misturou uma série de conceitos inerentes à cadeia de custódia, algo que culminou em um julgamento impreciso que, indevidamente, determinou a retirada de provas legítimas do processo. Basta lembrar, logo de início, que a cadeia de custódia, por definição legal, consiste na formalização do histórico cronológico do vestígio, de modo a que se permita identificar os possuidores da evidência ao longo do trâmite da persecução penal. Ora, a partir do momento em que a autoridade policial, destinatária da ordem judicial que autorizou a interceptação de determinados ramais telefônicos, informa que promoveu o descarte de alguns diálogos diante de sua impertinência, está devidamente identificada a pessoa que era a responsável pela posse daqueles vestígios. Sabe-se, exatamente, quem era o elo da corrente que determinou o descarte. Logo, não há como se falar em uma quebra da cadeia de custódia quando o próprio custodiante se encontra identificado nos autos e assume a responsabilidade pela lida com a evidência. Se não bastasse, lembre-se que a finalidade precípua da cadeia de custódia reside em garantir a autenticidade da evidência apresentada em juízo e a manutenção de suas propriedades probatórias próprias. Na hipótese julgada pelo Superior Tribunal de Justiça, a polícia judiciária descartou um certo número de diálogos captados durante a diligência de interceptação. Diálogos descartados, ou seja, que não foram sequer apresentados em juízo. Se as conversas não constituíram objeto de oferta para fins probatórios no processo penal, logicamente inexistia qualquer interesse jurídico em se perquirir sua mesmidade. Dito de outra maneira, a cadeia de custódia atua como um instrumental documental que acompanhará o vestígio apresentado em

juízo, de forma que, na ausência de oferta da evidência no processo (elemento probatório principal), descabe falar da apresentação da formalização da corrente (seu acessório), muito menos de sua quebra.

Em outras palavras, a manutenção da cadeia de custódia pressupõe a existência de uma evidência. Se autoridade policial entendeu que determinado vestígio não constituía uma evidência, como ocorreu com os diálogos descartados, inexistia dever de formalização de uma cadeia de custódia. Por isso, realmente ininteligível a determinação do STJ de excluir dos autos os demais diálogos, aqueles de interesse criminalístico, com relação aos quais havia a prova da cadeia de custódia, com fulcro na inexistência dessa corrente em relação a vestígios que sequer constituíam tecnicamente evidências e que não foram ao menos trazidas aos autos.

Para piorar, note-se que o Colendo Superior Tribunal de Justiça tachou como ilícitas as provas produzidas neste contexto de quebra de sigilo de comunicações telefônicas devidamente autorizadas judicialmente, mesmo inexistindo qualquer ilegalidade no seu meio de produção. Uma visão equivocada, a todo sentir, do contexto hermenêutico e das consequências a serem atribuídas à quebra da cadeia de custódia.

Note-se que não se está, aqui, a enfrentar a legitimidade para o descarte do conteúdo de interceptações telefônicas, nem mesmo o dever da autoridade policial de manter a integralidade dos diálogos captados. Isso porque tais questões, ainda que um tanto mais tormentosas, envolvem o enfrentamento dos ditames do art. 9º da Lei n. 9296/96 e os preceitos estabelecidos no julgamento do caso *Brady v. Maryland*⁴², questões essas que fogem ao escopo deste trabalho. Alega-se, tão somente, que o Colendo Superior Tribunal de Justiça não poderia ter invocado a quebra da cadeia de custódia de algo que não fora apresentado como prova como fundamento para desentranhar dos autos as gravações de conversas obtidas mediante devida autorização judicial.

Como se vê, os perigos da interpretação conferida pelo garantismo à brasileira às questões que envolvem a cadeia de custódia extrapolam os limites da mera academia, mas se afiguram na realidade, nos julgamentos de casos concretos postos ao exame da Justiça. E, conforme ilustra o precedente acima tratado, a consequência jurídica oriunda dessa interpretação dos artigos 158-A a 158-F do Código de Processo Penal reside, nada mais nada menos, que no fomento à impunidade.

42 DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. *A cadeia de custódia da prova: a prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 532.

DA CADEIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA PROCESSUAL

Felizmente, do mesmo modo que uma corrente doutrinária nacional parece querer que a cadeia de custódia seja transformada em um passaporte para a impunidade, outros setores da doutrina pátria defendem que o instituto seja visto como aquilo que ele realmente deve ser: um instrumento de defesa de garantias processuais. Esses autores, muitos dos quais baseiam suas lições na literatura e na jurisprudência estrangeiras, perceberam os benefícios da incorporação de entendimentos sedimentados no âmbito dos países de origem do instituto ao manancial teórico brasileiro e pregam a aplicação da cadeia de custódia em moldes semelhantes àqueles expostos no terceiro tópico deste trabalho. Alguns, inclusive, atentaram para algumas peculiaridades específicas da positivação nacional da cadeia de custódia, que a diferem da regulamentação geralmente adotada em outros países, razão pela qual será operada a devida distinção e consequente adaptação.

Pois bem, dentre os doutrinadores que não se deixaram levar pela euforia garantista monocular hiperbólica, Eugênio Paccelli sustenta que a finalidade da cadeia de custódia é a de assegurar a lisura e a validade das provas colhidas, além de permitir o exercício da ampla defesa e do contraditório⁴³. Isso significa que, garantidas essas finalidades, a simples inobservância da cadeia de custódia não gerará nulidade automática. Até porque, como muito bem coloca o eminente autor, a nulidade de um ato nem sempre acarretará a nulidade das provas e/ou do processo. A matéria cadeia de custódia, além do mais, é trabalhada corretamente pelo referido jurista no âmbito da teoria das nulidades, não no contexto das provas obtidas por meios ilícitos, o que implica que o instituto estará submetido a um tratamento jurídico bastante semelhante àquele que lhe confere a jurisprudência estadunidense.

Levy Emanuel Magno¹ e Mylene Comploier sustentam posicionamentos bastante semelhantes aos esposados pelas cortes dos Estados Unidos. Ambos advogam que “eventual defeito ou irregularidade na cadeia de custódia é uma questão de autenticidade, que trará consequências no peso da prova, a ser valorado pelo juiz quando da prolação de sua decisão”⁴⁴. Nesta

batida, eventual quebra da cadeia de custódia, que não deve ser tratada na seara das provas ilícitas, somente levará ao descarte da evidência se restar demonstrado, em concreto, que a irregularidade formal comprometeu a credibilidade do meio de prova. O prejuízo, portanto, a ser demonstrado, pelas regras tradicionais de distribuição do ônus da prova, por quem alega, norteará a identificação das consequências a serem impostas nas hipóteses de identificação de falhas na cadeia de custódia.

Por falar em ônus da prova, os referidos autores bem perceberam que, sobre o assunto, há um distanciamento entre os sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano que fundamenta uma diferenciação na lida com a matéria. Anotaram, com perspicácia, que, na *common law*, exige-se que a acusação faça a prova da cadeia de custódia, assim como ocorre com a autoria e a materialidade delitivas. Todavia, a legislação brasileira não repetiu essa mesma exigência, sendo certo ponderar, como fazem os ilustres doutrinadores, que o legislador pátrio pormenorizou o trato da cadeia de custódia em mínimos detalhes. Portanto, a princípio, em uma interpretação literal do texto legal, concluir-se-ia que o legislador deixou de impor ao titular da ação penal o ônus de, como regra, fazer a prova da cadeia de custódia.

No entanto, os autores vão além e, escorando-se nas lições de Deltan Dallagnol e Juliana Câmara, consignam que a prova da cadeia de custódia, como regra geral do sistema norte-americano, deriva de uma particularidade daquele sistema, qual seja a de que, lá, causas cíveis e criminais são julgadas pelo júri. Por essa razão, deve o juiz togado exercer um filtro mais profundo sobre o material que será oferecido ao exame dos julgadores da causa, para evitar que preconceitos, confusão, atrasos e influências indevidas interfiram no ânimo dos jurados⁴⁵. No Brasil, como não se adota os julgamentos pelo Tribunal do Júri como regra, inexistente razão para que prevaleça a mesma lógica. Nem mesmo nos crimes dolosos contra a vida isso seria necessário, uma vez que a instrução realizada perante o juiz sumariante já funciona como um roubusto filtro inexistente no sistema norte-americano.

Enfim, todos esses autores sustentam, com base nesses fundamentos, que não se exige do Ministério Público, via de regra, a oferta da evidência acompanhada da cadeia de custódia. Assim, caberia à defesa, em um primeiro momento, justificar a necessidade de apresentação da cadeia de custódia, por meio da indicação de motivos concretos capazes de colocar em

43 CUNHA, Rogério Sanchez. *Pacote Anticrime Lei 13.964/2019* - Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Juspodvím, 2020, p. 180.

44 NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 71.

45 STJ. AgRg no HC 744556 / RO. Rel. Min. Ribeiro Dantas. Julgamento em 06/09/2022. STJ. AgRg no RHC 154016 / PR. Rel. Min. Sebastião Reis Junior. Julgamento em 08/03/2022.

xeque a autenticidade ou o valor probatório da evidência. Na toada deste entendimento, que se afigura o mais adequado aos ditames do sistema jurídico brasileiro, somente então se exigiria do Estado, imbuído da função persecutória, a apresentação das provas da cadeia de custódia. Eventual falha, a partir de então, se submeteria à lógica da teoria das nulidades, mais precisamente das nulidades relativas, como alhures pormenorizadamente sustentado.

Outros eminentes autores também enquadram corretamente o tratamento da quebra da cadeia de custódia no âmbito de discussão da teoria das nulidades, mais precisamente na categoria das nulidades relativas. Para Rogério Sanches Cunha, caso se verifique a quebra da cadeia de custódia, a prova permanece legítima e lícita, podendo ser questionada a sua autenticidade, se o valor será maior ou menor quanto mais ou menos se respeitou o procedimento da cadeia de custódia. Não pode ser descartada essa prova, mas apenas valorada. Com muita perspicácia, acrescenta o eminente doutrinador que a prova custodiada, necessariamente, se originou de uma produção legal, caso contrário sequer mereceria ser guardada. Eventual defeito na formalização do encadeamento não interfere na legalidade da prova, mas em seu peso, na sua qualidade⁴⁶.

Esse também constitui, a propósito, o posicionamento sustentado por Guilherme de Souza Nucci, o qual bem chama a atenção para o fato de que o Brasil possui dimensões continentais, fato esse que tornaria inviável, no plano da realidade, defender um processo penal no qual qualquer falha na cadeia de custódia implicasse na nulidade absoluta das provas colhidas durante a investigação⁴⁷.

O mérito do desenvolvimento de uma doutrina nacional equilibrada, que se vale da experiência judicante de outros países como ponto de partida do enfrentamento dos desafios impostos pelas questões cotidianas que margeiam o instituto da cadeia de custódia, ultrapassa os limites da mera acuidade acadêmica. Sob a influência de

pensadores nacionais que veem a cadeia de custódia por aquilo que ela verdadeiramente é, ou seja, um instrumento de garantia de direitos fundamentais, não de fomento à impunidade, o Superior Tribunal de Justiça, em mais recentes posicionamentos, abandonou o entendimento esposado quando do julgamento do famigerado HC n 160.662 e começou a entender que eventuais problemas na cadeia de custódia, além de provados por quem os alega⁴⁸, não implicam automaticamente a retirada da prova dos autos⁴⁹, na mesma esteira da jurisprudência norte-americana. Falhas na formalização do histórico cronológico do vestígio deverão influenciar, precipuamente, em seu peso, não em sua admissibilidade. Trata-se, pois, de uma virada de entendimento que deve ser comemorada, porquanto consentânea com as verdadeiras finalidades do instituto, sem vícios ou pechas interpretativas que o desvirtuem.

CONCLUSÃO

Inequivocamente, uma das maiores funções do Direito reside em conferir segurança jurídica aos jurisdicionados. Talvez por essa razão, modificações legislativas que alteram profundamente o funcionamento do sistema, que impõem novas condutas ou criam obrigações até então inexistentes, costumam sofrer resistência por parte dos seus operadores.

A introdução dos artigos 158-A e seguintes do CPP não fogem a essa regra. Contudo, em uma certa medida, possuem razão os juristas que viram com maus olhos a positivação, em um país de dimensões continentais, do instituto da cadeia de custódia, trabalhado pelo legislador em detalhes mínimos, quiçá desnecessários. Afinal, em um Brasil frequentemente apelidado de “país das nulidades”, correntes doutrinárias afiliadas a um garantismo monocular hiperbólico puramente tupiniquim veriam no novo instituto uma poderosa arma de criação de irregularidades processuais de algibeira, criadas com o único propósito de servir à impunidade.

⁴⁶ STJ. AgRg no AgRg nos EDcl no AREsp 1966466 / PR. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. Julgamento em 17/05/2022. STJ. AgRg no RHC 147885 / SP. Rel. Min. Olindo Menezes. Julgamento em 07/12/2021.

⁴⁷ Mestre em Direito e Processo Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais (2005/2006); pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Gama Filho (2004); graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1999-2003); promotor de justiça lotado no Grupo Especial de Defesa do Patrimônio Público em Belo Horizonte/MG.

⁴⁸ Doutorando em Direito Processual Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais; mestre em Direito Processual Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais (2008-2010); pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Gama Filho (2006-2006); graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2001-2005); promotor de justiça lotado no Grupo Especial de Defesa do Patrimônio Público em Belo Horizonte/MG.

⁴⁹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; especialista em Direito Sanitário pela Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais; graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2001-2005); promotor de justiça lotado no Grupo Especial de Defesa do Patrimônio Público em Belo Horizonte/MG.

De fato, tal fenômeno, até certo ponto, pode ser constatado. Determinados setores da doutrina, novamente com a devida vênia, lançaram livros e artigos nos quais defendiam a absolutização da folha de papel, a prevalência da forma sobre o conteúdo, o apogeu da formalidade, a criação, enfim, de um novo tipo de prova obtida por meio ilícito, a ser consequentemente retirada do processo, mesmo que aquele elemento probatório se originasse de um meio integralmente legal. Para piorar, percebe-se que essa tentativa de criação de uma prova ilícita por presunção oriunda de um defeito de formalização posterior vinha permeado por um discurso pomposo, fausto, empolado, que se valia dos ditames da filosofia da linguagem para dar ares de exagerada complexidade a uma questão um tanto mais singela. Buscou-se, em outras palavras, por meio, repita-se, de artifícios de linguagem, complicar o entendimento de um problema com o fim de, valendo-se de uma fabricada bruma discursiva, conduzir o intérprete a uma condução equivocada.

Em suma, não há qualquer artifício discursivo que transmute um defeito na documentação que acompanha um vestígio em um meio ilícito de obtenção de prova, capaz de, automaticamente, excluir uma evidência do processo. Esse raciocínio não apenas contraria as finalidades da cadeia de custódia, como subverte sua essência, transformando-o em mero subterfúgio a justificar a retirada dos autos de provas legítimas, com prejuízos incalculáveis à administração da Justiça.

A melhor maneira de se sobrepor ao raciocínio inebriado proposto por esse setor doutrinário está em jogar luz sobre a cadeia de custódia, em ressimplificar os seus conceitos. Sem dúvida, a forma ideal de materializar essa estratégia recai em apreender a experiência daqueles países que inspiraram a introdução da cadeia de custódia o Brasil e, feitas as devidas adaptações, trazer esse aprendizado para o sistema pátrio. Este trabalho possuiu como escopo realizar essa tarefa, seguindo a linha de outros setores doutrinários nacionais, os quais perceberam que a cadeia de custódia constitui um valioso acréscimo ao arcabouço de direitos e garantias processuais penais do réu, desde que interpretada da maneira correta. Sem a pretensão desmedida de encerrar a discussão, dado que o avanço da ciência depende da formulação de críticas, nem de abranger todas as discussões que possam surgir acerca do instituto, propõe-se as seguintes diretivas para a cadeia de custódia: a) a custódia se inicia com a posse do vestígio pelo Estado; b) a custódia deve se encerrar com a apresentação do vestígio em juízo ou com a realização da competente perícia, a depender da sua finalidade; c) os ditames da cadeia de custódia, por mais que se apliquem apenas aos vestígios arrecadados na cena do crime ou com a vítima, devem ser, preferencialmente, estendidos a outros locais de interesse criminalístico; d) a normatização da cadeia de custódia se aplica exclusivamente às provas

periciais; e) a prova da cadeia de custódia somente será exigida quando houver indícios concretos de lesão à autenticidade e/ou integridade da evidência; f) a quebra da cadeia de custódia não implica a exclusão automática da prova dos autos, mas, ao contrário, regra geral, influenciará apenas em seu peso; g) a quebra da cadeia de custódia deve ser analisada no âmbito da teoria das nulidades – mais precisamente, daquelas de natureza relativa –, não das provas obtidas por meios ilícitos; h) vigora, em favor do Estado, a presunção de legitimidade de seus atos, inclusive, no que tange à regularidade da cadeia de custódia.

Fixadas essas linhas interpretativas, assegura-se que itens que tiveram seu valor probatório severamente comprometido ao longo da persecução serão excluídos da avaliação judicial. O mesmo ocorrerá com objetos que não sejam, verdadeiramente, aquilo que o Estado-acusação alega que eles sejam. Aumentar-se-á a qualidade dos provimentos jurisdicionais e privilegiar-se-á a garantia do contraditório, ao mesmo tempo em que alegações infundadas ou meramente protelatórias de pseudo-irregularidades na cadeia de custódia não afetarão o trâmite da persecução penal. Todos vencem, mormente o próprio Processo Penal.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. (org.). Temas atuais da investigação preliminar no processo penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- CHOI, Stephen J. GULATI, Mitu. POSNER, Eric A. Which States Have the Best (and Worst) High Courts? *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper Series*, n. 405, mai. 2008.
- CUNHA, Rogério Sanchez. *Pacote Anticrime Lei 13.964/2019 - Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: Juspodvim, 2020.
- DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. *A cadeia de custódia da prova: a prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- GIACOMOLLI, Nereu José. AMARAL, Maria Eduarda Azambuja. A cadeia de custódia da prova pericial na Lei nº 13.964/2019. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, vol. 12, nº 27, mai-ago. 2020.
- LOPES JR, Aury. ROSA, Alexandre Morais da. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. Conjur (on line). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>. Acesso em: 23 set. 2022.
- MAGNO, Levy Emanuel. COMPLOIER, Mylene. Cadeia de custódia da prova penal. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 22, nº 57, Janeiro-Março/2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. Pacote Anticrime comentado. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Juspodvim. 2022.

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