

- ² FINDLEY, K. A.; SCOTT, M. S. The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases. *Wisconsin Law Review*, n. 2, 2006, p. 292.
- ³ FINDLEY, K. A.; SCOTT, M. S. The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases. *Wisconsin Law Review*, n. 2, 2006, p. 292.
- ⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 6ª ed. Florianópolis: EMais, 2020, p. 683. Ver também: IMPROVÁVEL EP. 2. A perda de uma chance no contexto probatório. Por: com Janaina Matida. EMais: Florianópolis, fev. 2020. Podcast. Disponível em: <https://soundcloud.com/improvavel-podcast/improvavel-ep-2-a-perda-de-uma-chance-no-contexto-probatorio>. Acesso em: 6 set. 2020.
- ⁵ MACHADO, Leonardo Marcondes. Investigação criminal exige base epistemológica e fundamento democrático. *Consultor Jurídico*, 2020. Acesso em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-07/academia-policia-investigacao-criminal-exige-base-epistemologica-democratica>. Acesso em: 7 set. 2020.
- ⁶ NIEVA FENOLL, Jordi. *Inteligencia Artificial e Processo Judicial*. Madri: Marcial Pons, 2018.
- ⁷ NISSAN, Ephraim. Legal evidence and advanced computing techniques for combatting crime: an overview. *Information & Communications Technology Law*, v. 22, n. 3, nov. 2013.
- ⁸ TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013, p. 120.
- ⁹ TWINING, William. The Rationalist Tradition The Rationalist Tradition of evidence scholarship. In: TWINING, William. *Rethinking Evidence: exploratory essays*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 78.
- ¹⁰ TWINING, William., *Op. cit.*, p. 283.
- ¹¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre., *Op. cit.*, p. 153; GLOECKNER, R. J. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. v. 117, 2015.
- ¹² BEX, Floris J. *Arguments, Stories and Criminal Evidence: A Formal Hybrid Theory*. Dordrecht/Heidelberg/London/New York: Springer, 2011.
- ¹³ BEX, Floris; VAN DEN BRAAK, Susan; PRAKKEN, Henry; VERHEIJ, Bart; VREESWIJK, Gerard. *Sense-making software for crime investigation: how to combine stories and arguments? Law, Probability & Risk* 6. USA: Oxford University Press, 2007.
- ¹⁴ BEX, Floris; VAN DEN BRAAK, Susan; PRAKKEN, Henry; VERHEIJ, Bart; VREESWIJK, Gerard. *Sense-making software for crime investigation: how to combine stories and arguments? Law, Probability & Risk* 6. USA: Oxford University Press, 2007.
- ¹⁵ AGUILERA, Edgar. Investigaciones de Michele Taruffo y de la "Artificial Intelligence and Law". *Prospectiva Jurídica, Mexico, UAEM*, v. 6, n. 12, jul./dez. 2015, 31-54.
- ¹⁶ TWINING, William., *Op. cit.*, p. 14 e ss.

Autoras Convidadas

A CADEIA DE CUSTÓDIA NO PACOTE ANTICRIME

THE CHAIN OF CUSTODY IN THE ANTI-CRIME PACKAGE

Luiz Antonio Borri

Mestrando em Ciências Jurídicas pela Unicesumar. Professor de Direito Penal do Unicesumar.
ORCID: 0000-0001-7649-1270
luiz@advocaciabittar.adv.br

Rafael Junior Soares

Mestrando em Direito Penal pela PUCSP. Professor de Direito Penal da PUCPR.
ORCID: 0000-0002-0035-0217
rafael@advocaciabittar.adv.br

Resumo: A cadeia de custódia da prova tem sido objeto de diversas discussões importantes no país, apesar da até então carência de regulamentação na legislação processual penal. A partir da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), houve a introdução de diversos dispositivos que possibilitarão uma produção probatória de melhor qualidade. Pretende-se, portanto, examinar o novo tema desde a sua tramitação legislativa até as possíveis repercussões que poderão advir no cotidiano forense.

Palavras-chave: Processo Penal, Pacote Anticrime, Cadeia de custódia.

Abstract: The chain of custody of the evidence has been the subject of several important discussions in the country, despite the, until then, lack of regulation in criminal procedural legislation. From Law 13.964/2019 (Anticrime Package), there was the introduction of many legal provisions that will enable a probatory production of better quality. Therefore, it is intended to examine the new theme from its legislative process to the possible repercussions that may arise in the forensic daily life.

Keywords: Criminal proceedings, Anticrime Package, Chain of custody.

O tema atinente à cadeia de custódia da prova era carente de expressa regulamentação na legislação processual penal, muito embora a Secretaria Nacional de Segurança Pública regulamentasse a matéria pela Portaria 82, de 16 de julho de 2014, e a doutrina¹ identificasse no art. 6º, inc. I e III do Código de Processo Penal, por meio de interpretação sistemática, a necessidade de documentação da cadeia de custódia da prova.

Por conseguinte, o presente artigo tem a finalidade de apresentar algumas das inovações legislativas trazidas com a Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), indicando quais as possíveis contribuições para possibilitar uma produção probatória de melhor qualidade, preservando garantias constitucionais individuais.

A despeito da carência legislativa acerca da matéria, pode-se

apontar, a partir de 2014, textos de Geraldo Prado com ênfase no estudo da cadeia de custódia e sua relevância ao processo penal brasileiro, indicando, assim, a importância de conferir-se ciência das fontes de prova à defesa. Isto porque, como acentua o autor, a experiência histórica que precede a implementação da fase de admissibilidade da acusação no procedimento penal registra a supressão de elementos informativos por agências de repressão estatal. Logo, dificilmente o autor de ilicitudes probatórias permitiria a chegada de traços de ilicitude ao processo.²

Com base nesses estudos, afirmava-se que a cadeia de custódia da prova "abarca todo o caminho que deve ser percorrido pela prova até sua exata análise e escoreita inserção no processo, sendo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na

sua imprestabilidade”.³ Por esse motivo, acentuava-se o grande valor da preservação da idoneidade do trabalho realizado na obtenção de fontes de provas, já que, acaso desrespeitada, *“compromete o conjunto de informações que venham ser obtidas dessa maneira, tratando-se de evitar a quebra da cadeia de custódia”*.⁴

Melhor esclarecendo, Geraldo Prado assinala que, com a cadeia de custódia, objetiva-se a autenticidade da prova com o fim de minorar riscos de erro judiciário. Para tanto, aponta-se a “mesmidade” - princípio pelo qual aquilo que se encontrou na cena do crime é o “mesmo” utilizado para tomada da decisão judicial - e a desconfiança - pela qual o objeto em si ou documento não são em si mesmo o que a parte diz que é -, pois inexistente uma confiança prévia nas partes.⁵

Com efeito, o primeiro esclarecimento que deve ser feito, diz respeito ao Projeto de Lei que propiciou a inserção do instituto no âmbito normativo. Isto porque, a despeito da divulgação de que a Lei 13.694/2019 consistiu na aprovação do cognominado “Pacote Anticrime”,⁶ na realidade, o texto aprovado sobre cadeia de custódia tem origem no PL 10.372/2018, o qual foi elaborado a partir da instituição de Comissão de Juristas presidida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes.

Esse esclarecimento é importante porque, no ano de 2019, o Ministro da Justiça Sérgio Fernando Moro elaborou proposta de mudança legislativa que recebeu a nomenclatura de “Projeto de Lei Anticrime”, representado pelo PL 881/2019, PL 882/2019 e PLP 38/2019, tendo sido o PL 882/2019 apensado ao PL 10.372/2018.⁷

Note-se que no PL 882/2019, proposto pelo Ministro da Justiça, pretendia-se a inclusão de mecanismos para preservar a cadeia de custódia da prova por meio de apenas dois dispositivos legais, os quais alteravam a Lei 12.850/2013 e a Lei 9.296/96.⁸ Por óbvio, o aparecimento do termo “cadeia de custódia” pela primeira vez na legislação chamou a atenção, mas, ao mesmo tempo, não faltaram críticas, ante a insuficiência da regulamentação do assunto ou mesmo contradição na forma como redigidos os dispositivos legais.⁹

Por conseguinte, com a vigência da Lei 13.964/2019, o Código de Processo Penal contará com inclusão de seis novos artigos regulamentando o tema, definindo no art. 158-A a cadeia de custódia como *“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”*.

Além do mais, compreende a cadeia de custódia, conforme o art. 158-B, o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas: i) reconhecimento; ii) isolamento; iii) fixação; iv) coleta; v) acondicionamento; vi) transporte; vii) recebimento; viii) processamento; ix) armazenamento; x) descarte.

Em resumo, o legislador estabeleceu todo o percurso da prova penal, desde o surgimento até o seu perecimento, com o escopo de garantir a preservação da integridade dos vestígios de um crime, documentando-se, inclusive, os agentes estatais que tiveram contato com a prova. Com isso, certamente ter-se-á ao menos mecanismos para questionar se o Estado adotou as cautelas necessárias para a manutenção da identidade do material apreendido.

No art. 158-C, seguindo a perspectiva de manter-se indene o material apreendido, confere-se preferência ao perito oficial para a coleta dos vestígios, tipificando-se como fraude processual a remoção de qualquer vestígio do crime antes da liberação pelo perito responsável. Com a finalidade de preservar o material recolhido, impõe-se que ele seja acondicionado em recipiente, o qual deverá ser lacrado, com numeração individualizada (art. 158-D, §1º), sendo

que este somente deverá ser aberto pelo perito incumbido da sua análise e, motivadamente, por pessoa autorizada (art. 158-D, §4º). Regulamenta-se, inclusive, a destinação a ser conferida ao lacre rompido, que permanecerá acondicionado no interior do novo recipiente (art. 158-D, §5º).

Como forma de viabilizar o escorreito cumprimento das exigências legais, é estabelecido que o agente público fica responsável pela preservação dos elementos eventualmente identificados por ele e com potencial interesse para o processo (art.158-A, §2º). Ademais, impõe-se que os Institutos de Criminalística passem a ter uma central de custódia, para guarda e controle dos vestígios, na qual além de espaço seguro e condições ambientais que preservem suas características originais, deve-se identificar todas as pessoas que tiverem acesso a ele, bem como, registrar data e hora (art. 158-E). Após a realização da perícia, o material deverá retornar à central de custódia, onde permanecerá, ressalvada a inexistência de espaço ou condições de armazenamento, quando, então, caberá à autoridade policial ou judiciária determinar as condições de depósito em local diverso, mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal.

O avanço advindo por meio da regulamentação da cadeia de custódia é incontestável no Código de Processo Penal, definindo-se expressamente a cronologia de coleta, manipulação e transporte dos vestígios que servirão como prova contra o acusado como forma de elevar a observância às garantias constitucionais.

No entanto, em que pese o esforço do legislador, não se identificou a previsão legal acerca das consequências quanto ao descumprimento dos dispositivos legais¹⁰ ou, como tem sido chamado pela doutrina e jurisprudência, a quebra da cadeia de custódia. Em outras palavras, o que se pode notar a partir da introdução do instituto no ordenamento jurídico é que o desrespeito às etapas definidas pela lei quanto à cronologia do vestígio coletado, que vai desde o nascedouro até a valoração pelo magistrado, levará invariavelmente à constatação de inobservância das imposições legais, sem que se possa, todavia, afirmar com segurança quais seriam as obrigações do juiz no momento de se trabalhar com a prova.

Diante disso, o desrespeito à cadeia de custódia tem sido alvo de debates acerca do seu real alcance, seja pela consideração de ilicitude da prova, com seu necessário desentranhamento do processo, seja pela perspectiva de nulidade e/ou valoração, com a possibilidade de renovação dos atos ou de atribuição de menor valor probatório com sua manutenção no processo.¹¹ Por sua vez, em que pesem as respeitáveis posições existentes, deve-se considerar que diante do descumprimento das etapas atualmente estipuladas pelo legislador, conforme clara previsão contida no art. 158-B, haverá a perda da confiabilidade daquele material, o qual necessariamente deverá ser desentranhado por força da ilicitude da prova. Tal conclusão baseia-se no fato de que a reconstrução do dado ou do elemento probatório jamais poderá ser feita, tornando-se inviável laborar com perspectivas de renovação do percurso ou, ainda, de valorações da prova.

Portanto, observa-se que a nova lei trouxe avanço significativo em tema tão discutido atualmente perante os Tribunais pátrios, propiciando balizas seguras e rigorosas para que se possa oferecer maior confiabilidade da prova produzida no processo penal, bem como identificar as hipóteses de eventual quebra da cadeia de custódia. Por outro lado, seria recomendável que o legislador tivesse avançado um pouco mais, definido as consequências do descumprimento das etapas estipuladas em lei, a fim de garantir maior segurança jurídica quanto à postura das autoridades públicas no trato da produção probatória e seus desdobramentos.

NOTAS

- ¹ BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 526.
- ² PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controle epistêmicos: A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 48. Sobre o tema confira-se também PRADO, Geraldo. Ainda sobre a "quebra da cadeia de custódia das provas". *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 262, p. 16-17, set./2014.
- ³ MENEZES, Isabela A.; BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 281, jan./abr. 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.128>>. Acesso em: 23 mar. 2020.
- ⁴ MARGRAF, Alencar Frederico; PESCH, Natália Mendes. Garantias constitucionais na produção probatória e o descaso com a Cadeia de Custódia. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 106. p. 241. São Paulo: RT, mar-abr.2018.
- ⁵ PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 94-97.
- ⁶ Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/12/entenda-o-que-muda-com-a-aprovacao-do-pacote-anticrime-por-bolsonaro.shtml>>. Acesso em: 06 jan. 2020.
- ⁷ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichade_tramitacao?idProposicao=2192353>. Acesso em 06 de janeiro de 2020.
- ⁸ Lei 12.850: "Art. 3º - A O Ministério Público Federal e a Polícia Federal poderão constituir equipes conjuntas de investigação para a apuração de crimes de terrorismo, crimes transnacionais ou crimes cometidos por organizações criminosas internacionais. (...) § 2º O compartilhamento ou a transferência de provas no âmbito das equipes conjuntas de investigação constituídas dispensará formalização ou autenticação especiais, exigida apenas a demonstração da cadeia de custódia. (...)". Lei 9.296/96: "Art. 9º - A A interceptação de comunicações em sistemas de informática e telemática poderá ocorrer por qualquer meio tecnológico disponível, desde que assegurada a integridade da diligência, e poderá incluir a apreensão do conteúdo de mensagens e arquivos eletrônicos já armazenado em caixas postais eletrônicas."
- ⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Comentários ao Anteprojeto de Lei Anticrime*: Tripartido em três projetos de lei conforme versão enviada ao Congresso Nacional. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 105/106; ÁVILA, Gustavo Noronha de; BORRI, Luiz Antonio. A cadeia de custódia da prova no "projeto de lei anticrime": suas repercussões em um contexto de encarceramento em massa. *Direito Público*. v. 16, n.89. Porto Alegre, 2019, p. 126.
- ¹⁰ Essa observação também é feita por VIEIRA, Antonio. A cadeia de custódia da prova no processo penal: algumas notas sobre as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, ano 3, nº 07, fevereiro/2020, p. 27-32.
- ¹¹ MENEZES, Isabela A.; BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 292-295, jan./abr. 2018. Disponível: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.128>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

Recebido em: 09/01/2020 - Aprovado em: 06/02/2020 - Versão final: 31/03/2020

IMPEDIMENTO POR CONTAMINAÇÃO COGNITIVA EM AÇÕES PENAIS EM CURSO: UMA ANÁLISE DO ART. 3º-D DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

*JUDGE RECUSATION BY COGNITIVE CONTAMINATION ON ONGOING CRIMINAL CASES:
AN ANALYSIS OF ARTICLE 3-D OF THE BRAZILIAN CODE OF CRIMINAL PROCEDURE*

Ricardo Maimone Lauretti

Pós-graduando em Direito e Processo Penal pela ABDConst. Bacharel em Direito pela FADI Sorocaba. Associado ao IBCCRim. Membro das Comissões de Direito Criminal e Direitos Humanos da OAB/SP – Subseção Sorocaba. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6996146732154762>

ORCID: 0000-0002-5673-3081

ricardo.lauretti@vmlaw.adv.br

Resumo: O estudo avalia as formas de aplicação da nova causa de impedimento prevista no art. 3º-D do Código de Processo Penal, aqui chamada de "contaminação cognitiva", às ações penais já iniciadas antes da entrada em vigor da lei "anticrime" 13.964/2019, analisando, sob as regras do direito intertemporal, a sua incidência em casos concretos, sua capacidade de retroação em benefício de imputados e quais as consequências da inobservância dessa recém-introduzida forma de impedimento do juiz criminal. A pesquisa conclui que a nova legislação pode incidir nos casos em andamento de três formas distintas e alerta ao risco de nulidade do processo quando não observado o novo regramento, restando necessário estabelecer qual dessas formas será aplicada aos casos vigentes.

Palavras-chave: Processo penal, Juiz de garantias, Impedimento, Direito intertemporal, Ações em curso.

Abstract: The study assesses the ways of applying the new cause of judge recusation introduced by article 3-D of the Brazilian Code of Criminal Procedure, here called "cognitive contamination", to ongoing prosecutions before the implementation of the "anti-crime" law 13.964 /2019, analyzing, by the rules of intertemporal law, its incidence in concrete cases, its retroactive capacity in benefit of the accused, and what are the consequences of non-compliance of this newly introduced form of recusation of the criminal judge. The research concludes that the new legislation can affect ongoing cases in three different ways and warns of the risk of nullification of the prosecution when non-complied, leaving it necessary to establish which of these forms will be applied to the current cases.

Keywords: Criminal procedure, Guarantee judge, Recusation, Intertemporal law, Ongoing prosecutions.