

que a pessoa seja por eles processados com a observância do devido processo legal.

6. Portanto, pode-se afirmar que a menção ao princípio da insignificância no art. 28-A, § 2º, II, *in fine*, do Código de Processo Penal é feita em seu sentido técnico, como intuito de possibilitar a celebração do acordo de não persecução penal ao investigado

que ostente indicativos de reiteração de conduta nos últimos cinco anos anteriores ao fato questionado (art. 64, I, do Código Penal, por analogia), caso nessas ocorrências tenha sido configurado o ínfimo grau de exposição a que foi submetido o bem jurídico penalmente tutelado e não esteja o evento *sub examine* inserido em um contexto fático único, em face da mesma vítima, com resultado final significativo (multirreincidência cumulativa).

#### NOTAS

- <sup>1</sup> PASCOLATI JÚNIOR, Ulisses Augusto. *Não aplicabilidade do princípio da insignificância aos portadores de maus antecedentes ou reincidentes em pequenos delitos*. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 28-36 e 75-84.
- <sup>2</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 281.
- <sup>3</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal (1. Turma). HC 118028/M. Relator Min. Dias Toffoli, j. 12 jun. 2013. *DJe*, 17 dez. 2013; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). HC 142381 AgR/RS. Relator Min. Gilmar Mendes, j. 4 jun. 2018. *DJe*, 21 jun. 2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). AgRg no RHC 40315/PR. Relator Min. Moura Ribeiro, j. 22 fev. 2014. *DJe*, 7 mar. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). AgRg no REsp 1733623/SC. Relator Min. Sebastião Reis Júnior, j. 04 set. 2018. *DJe*, 17 set. 2018.
- <sup>4</sup> “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.”
- <sup>5</sup> Aprovado na 150ª Sessão de Coordenação, de 07.05.2018.
- <sup>6</sup> LIMA, Renato Brasileiro de., *Op. cit.*, p. 281.
- <sup>7</sup> “Não caberá o acordo de não persecução penal se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas, entendidas estas como delitos de menor potencial ofensivo” (destacamos).
- <sup>8</sup> Para uma maior compreensão do tema v. GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. *Princípio da insignificância: uma análise dogmática e sua aplicação nos delitos contra a Administração Pública*. Curitiba: Juruá, 2018.
- <sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). HC 84.412/SP. Relator Min. Celso de Mello, v.u., j. 19. out. 2004. *DJ*, 19 nov. 2004. p. 37.

- <sup>10</sup> Pela alternatividade, v. GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 20-21; pela cumulatividade, v. artigo 28, parágrafo 1º, do Projeto de Lei 236/2012, em trâmite no Senado Federal, com o intuito de instituir um novo Código Penal, o qual conteria a regulamentação do princípio da insignificância, *in verbis*: “[t] ambém não haverá fato criminoso quando cumulativamente se verificarem as seguintes condições: (a) mínima ofensividade da conduta do agente; (b) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; (c) inexpressividade da lesão jurídica provocada”.
- <sup>11</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008. t. 1, p. 817. Para uma visão da jurisprudência brasileira acerca do tema, v. COSTA, Helena Regina Lobo da. Comentários ao art. 155. In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). *Direito Penal: jurisprudência em debate*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 253-254.
- <sup>12</sup> O caso paradigmático aponta que a reincidência, por si só, não impede o reconhecimento da insignificância à luz dos elementos do caso concreto (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). HC 123734/MG. Relator Min. Roberto Barroso, j. 03 ago. 2015. *DJe* 2 fev. 2016).
- <sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). HC 161074 AgR/MG. Relator Min. Gilmar Mendes, j. 12 nov. 2018. *DJe* 29 nov. 2018.
- <sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). HC 141400 AgR/MG. Relator Min. Dias Toffoli, j. 14 ago. 2018. *DJe* 7 fev. 2019.
- <sup>15</sup> GOMES, Luiz Flávio., *Op. cit.*, p. 112-117.
- <sup>16</sup> SOUZA, Luciano Anderson. *Direito Penal: Parte Geral*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 130-131.

#### REFERÊNCIAS

- COSTA, Helena Regina Lobo da. Comentários ao art. 155. In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). *Direito Penal: jurisprudência em debate*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.
- GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. *Princípio da insignificância: uma análise dogmática e sua aplicação nos delitos contra a Administração Pública*. Curitiba: Juruá, 2018.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

- PASCOLATI JÚNIOR, Ulisses Augusto. *Não aplicabilidade do princípio da insignificância aos portadores de maus antecedentes ou reincidentes em pequenos delitos*. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008. t. 1.
- SOUZA, Luciano Anderson. *Direito Penal: Parte Geral*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

Recebido em: 10/03/2020 - Aprovado em: 11/06/2020 - Versão final: 02/09/2020

# CADEIA DE CUSTÓDIA: ÔNUS DA PROVA E DIREITO À PROVA LÍCITA

CHAIN OF CUSTODY: BURDEN OF PROOF AND RIGHT TO LEGALLY OBTAINED EVIDENCE

## Daniel Diamantaras de Figueiredo

Mestre em Direito Penal e Ciências Criminais pela Universidade de Lisboa. Professor de Direito Processual Penal. Defensor Público do Rio de Janeiro. Coordenador do Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do Rio de Janeiro (NUSPEN).

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0615447396347665>

ORCID: 0000-0002-5957-8881

daniel.diamantaras@gmail.com

## Denis Sampaio

Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Mestre em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Professor de Direito Processual Penal. Defensor Público do Rio de Janeiro.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4167842334977106>

ORCID: 0000-0002-1700-3799

denissampaio00@gmail.com

**Resumo:** O presente estudo tem como propósito analisar as normas sobre a cadeia de custódia, trazida pela Lei 13.964/19 ("pacote anticrime"), abordando especificamente o ônus da prova da manutenção/preservação da cadeia de custódia e o direito à prova lícita. Será visto que o procedimento adequado da cadeia de custódia é um direito das partes, principalmente do acusado que, na maioria das vezes, não participa da fase de investigação e precisa ter acesso aos elementos produzidos para poder refutar a acusação e exercer sua defesa de forma ampla e efetiva.

**Palavras-chave:** Reforma do Código de Processo Penal, Direito à Prova Lícita, Legalidade da prova, Cadeia de Custódia, Ônus da Prova da Cadeia de Custódia.

**Abstract:** This study aims to analyze the rules on the chain of custody, included by Law 13.964/19 ("anti-crime package"), specifically addressing the burden of proof of maintaining the chain of custody and the right to legally obtained evidence. It will be seen that the proper chain of custody procedure is a right of the parties, mainly the accused, who, in most cases, does not participate in the investigation phase and needs to have access to the elements produced in order to be able to refute the accusation and exercise his right to defense in an effective way.

**Keywords:** Reform of the Criminal Procedure Code, Right to Legally Obtained Evidence, Chain of Custody, Burden of Proof.

O Código de Processo Penal foi recentemente alterado pela Lei 13.964/19 ("pacote anticrime"), incluindo de forma inédita normas sobre a cadeia de custódia. Tais normas estão preconizadas nos artigos 158-A e seguintes do Código de Processo Penal, contendo a definição do instituto e todo o procedimento a ser adotado para manipular o elemento probatório.

Define a lei que a cadeia de custódia é "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" (art. 158-A, caput, CPP).

De forma original na doutrina brasileira, **Geraldo Prado** afirma que a cadeia de custódia da prova é um dispositivo com finalidade de assegurar a integridade do elemento de prova e sua fiabilidade, protegendo-o de possíveis interferências que possam prejudicar o resultado da produção probatória.<sup>1</sup>

Para o presente artigo serão analisados o ônus da prova quanto à cadeia de custódia e o direito à prova lícita, e seu respectivo limite probatório, pontos de grande relevância sobre a adequação constitucional do tema.

#### **O ônus e o standard probatório da cadeia de custódia**

No processo penal, o ônus da prova cabe à acusação quanto aos elementos constitutivos do crime e todos os elementos necessários para a determinação da responsabilidade daquele que figura na condição de imputado. Isto porque vige no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da presunção de inocência como base elementar do sistema processual. Não deve ser diferente com relação à cadeia de custódia.

Pode-se dizer, assim, que incumbe aos órgãos da persecução penal cumprir todo o procedimento definido para manter a cadeia de custódia da prova, sendo o seu ônus demonstrar o regular cumprimento durante o trâmite do processo, isto é, o uso de forma adequada dos métodos e das regras da cadeia de custódia, e que esta foi mantida ao longo de todo o período até o julgamento. Em outras palavras, a desincumbência do ônus probatório deverá ocorrer com a comprovação de que todas as etapas e métodos da cadeia de custódia foram cumpridas (arts. 158-B a 158-F). É o que se caracteriza como dimensão processual da cadeia de custódia, através da qual é criado um ônus à acusação e impede o abuso do poder estatal em forjar, alterar e modificar provas.

A não-comprovação da regularidade da cadeia de custódia por parte da acusação retira do acusado a expectativa de impugnação quanto à legalidade da prova, ou seja, a defesa perde a chance de ter acesso às provas em sua integridade e de participar ativamente do exercício da defesa, com o objetivo de enfraquecer ou refutar os elementos probatórios propostos pela acusação. Em outras palavras, o acusado fica alijado de impugnar e refutar adequadamente o conteúdo da imputação pela ausência de provas íntegras.

Questão coligada ao dever da acusação e seus limites diz respeito ao *standard* probatório da cadeia de custódia. A fim de se provar sua manutenção/preservação com um elevado *standard*, o Ministério Público deverá oferecer garantias e elementos dos quais se possam inferir que a prova se manteve inalterada durante todo o período da custódia, respeitando a aplicação de todos os métodos e técnicas de maneira regular (arts. 158-B a 158-E, CPP).

Apesar de não ser um ônus imposto à defesa, esta tem o direito de realizar o controle da cadeia de custódia da prova, nos termos do inciso XV, do artigo 3º-B do Código de Processo Penal,<sup>2</sup> alterado pela Lei 13.964/19. Saliente-se que, de todo modo, antes mesmo desta alteração legal, tal acesso e controle já era assegurado pelos artigos 44 (inciso VIII), 89 (VIII) e 128 (VIII) da LC 84/94 (alterada pela lei complementar 132/2009), bem como pelo artigo 7º (XIV) do Estatuto da OAB (alteração feita pela Lei 13.245/16) e, ainda, pela súmula vinculante 14.<sup>3</sup>

É sabido que o *standard* probatório<sup>4</sup> no processo criminal deve caracterizar-se por sua complexidade, devendo as provas aduzirem a comprovação da hipótese fática imputada com elevado grau de elementos necessários para o afastamento de dúvidas razoáveis. Trata-se de uma escolha política, a qual privilegia a manutenção do estado de inocência, a liberdade e a proteção do inocente, corroborando isto o fato de o processo penal contar não só com um *standard* de prova elevado, mas também com o ônus da prova para o órgão acusatório.<sup>5</sup>

Nesse sentido, é de suma importância a manutenção da qualidade da prova com fins a se atingir um *standard* probatório elevado no processo, que não deve prescindir da existência de provas confiáveis e íntegras, na medida em que uma ruptura da cadeia de custódia será suficiente para desacreditar determinado elemento probatório, não atingindo o *standard* necessário para uma condenação.

#### **As etapas da cadeia de custódia e o direito à prova lícita**

Por outro lado, a confiabilidade do elemento probatório se caracteriza pelos procedimentos de coleta, documentação, armazenamento, manuseio e manutenção do material probatório a ser futuramente valorado pelo julgador. Desta forma, além da história cronológica devidamente documentada do vestígio coletado,<sup>6</sup> tornam-se extremamente importantes as etapas individualizadas para serem regularmente observadas (procedimentos probatórios), sob pena de violação à estrutura normativa e a consequente ineficácia da prova, caracterizada pela quebra da cadeia de custódia.

Impende registrar, ainda, que os protocolos ou etapas da cadeia de custódia (agora com previsão normativa no CPP) constituem verdadeiros requisitos legais, que formam o próprio conteúdo da prova material. Logo, através deles tenta-se garantir a integridade da fonte de prova colhida até a sua valoração ("*mesmidade*").

Nessa linha, a quebra da cadeia de custódia, com supressão de dados, adulteração ou contaminação dos elementos probatórios

colhidos, afasta a legalidade e/ou confiabilidade do resultado da perícia e a própria qualidade de prova em sentido técnico do elemento contaminado. Isto porque impossibilita o exercício pleno do contraditório, tendo em vista que as partes, mormente a defesa, não terão a possibilidade de utilização da prova em seu estado líquido perfeito e da realização de contraprova em condições de igualdade ao material produzido.

A violação da cadeia de custódia, como dito, descaracteriza o elemento como uma prova técnica, sob pena de, caso assim não seja, desrespeitar o devido processo legal, um contraditório efetivo, a ampla defesa e especialmente o direito à prova lícita, porquanto a falha no cuidado com a preservação e com as etapas existentes prejudica a defesa, impossibilitando a refutação efetiva da tese acusatória.

A partir da alteração da Lei 13.964/19, em que as etapas estão delineadas por norma legal, caracterizando-se como requisito essencial da cadeia de custódia e constituindo-se como o próprio conteúdo da prova material, a violação da cadeia de custódia gera o efeito da ilicitude da prova, incidindo a norma do artigo 157 do CPP, que preconiza que são provas ilícitas as obtidas em violação a normas constitucionais ou *legais*, devendo os referidos elementos serem desentranhados da discussão processual.<sup>8</sup>

Não se pode olvidar que, se decorrer da prova pericial despida de licitude outro elemento de prova, este também será considerado ilícito por derivação, salvo se incidir a exceção do art. 157, §1º, CPP.

Com efeito, tendo em vista que o direito à prova lícita é um pressuposto legal e inevitável da valoração da prova, a ilicitude da prova gera, em primeiro momento, a sua inadmissibilidade e, em

segundo, a proibição da sua valoração.<sup>9</sup>

Pode-se concluir, portanto, que o estudo da cadeia de custódia tem como ápice a análise da sua legalidade. A quebra da cadeia de custódia deve ser vista como a inobservância do próprio conteúdo da matéria em reflexão e, conseqüentemente, os seus efeitos (inadmissibilidade da prova ilícita e proibição de sua valoração) se caracterizam não como sanção processual, mas como garantia fundamental.

## Conclusão

Em jeito de conclusão, é lícito afirmar que o procedimento adequado da cadeia de custódia é um direito das partes, principalmente do acusado que, na maioria das vezes, não participa da fase de investigação e precisa ter acesso aos elementos produzidos para poder refutar a acusação e exercer sua defesa de forma mais ampla e efetiva.

Assim, ainda que não haja previsão expressa, extrai-se dos preceitos constitucionais (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, direito à prova lícita, presunção de inocência) o ônus de comprovação por parte da acusação do regular procedimento da cadeia de custódia. À defesa resultará o direito à prova técnica lícita e toda a análise quanto à etapa da sua produção até a efetiva valoração.

O que se espera das normas introduzidas no diploma processual é a sua efetiva aplicabilidade, com a garantia de democraticidade do processo penal brasileiro, focado no respeito à proteção do inocente à luz da Constituição da República e, portanto, o reconhecimento do ônus da prova para a acusação quanto à integridade do procedimento probatório, bem como o direito à prova lícita.

## NOTAS

<sup>1</sup> PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 101 e 105.

<sup>2</sup> Em 22 de janeiro de 2020, o Ministro Relator das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, Luiz Fux, revogou decisão anterior dada pelo Presidente Dias Toffoli durante plantão judiciário e, entre outros artigos, suspendeu a eficácia de parte do artigo 3º (de "A" a "F"), que tratava da implantação do juiz das garantias e seus consectários.

<sup>3</sup> MACHADO, Vitor Paczek; JEZLER JUNIOR, Ivan. A prova eletrônica-digital e a cadeia de custódia das provas: uma (re)leitura da Súmula Vinculante 14. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 24, n. 288, p. 8-9, nov. 2016.

<sup>4</sup> Trata-se de um grau (ou medida) de prova necessária a partir do qual um fato deva ser provado para ser considerado como comprovadamente verdadeiro. Cf. HAACK, Susan. *Evidence matters: science, proof and truth in the law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 4; e HAACK, Susan. El probalismo jurídico: una disensión epistemológica. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 69.

<sup>5</sup> BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018, p. 72.

<sup>6</sup> Reconhecida a cadeia de custódia como registro ou documentação da conservação dos materiais sensíveis à demonstração do fato criminoso. Cf. TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 334.

<sup>7</sup> Expressão espanhola, importada para a doutrina nacional através da obra de Geraldo Prado, que indica que a cadeia de custódia se fundamenta pelo princípio da autenticidade da prova ou princípio da "mesmidade". Trata-se do princípio segundo o qual o "mesmo" vestígio que foi encontrado na cena do crime será aquele valorado pelo julgador. PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 95.

<sup>8</sup> Nesse sentido, PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 128-130.

<sup>9</sup> Não há como confundir formalmente regras de exclusão probatória (critérios normativos de deveres positivos e, quando inobservados, mandamentos de exclusão) –, que possuem limitação ao nível de introdução e produção probatória – com regras de proibição na sua valoração – e se caracterizam por fazer parte do conteúdo da decisão (GÖSSEL, Karl-Heinz. As Proibições de prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 2, v. 3, p. 397-441, jul./set. 1992, p.399). Diante do procedimento probatório, as regras de valoração somente ocorrerão quando ultrapassadas as regras de exclusão (FERRUA, Paolo. Il giudizio penale: fatto e valore giuridico. In: FERRUA, Paolo et al. *La prova nel dibattimento penale*. 4. ed. Giappichelli: Torino, 2010, p. 355). Na realidade, seguem como substratos necessários entre as primeiras para as segundas, ainda que, no conteúdo material, todas as proibições de prova se comportam como proibições de valoração dos elementos de prova. Vide GÖSSEL, Karl-Heinz., *op. cit.* p. 400.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>. Acesso em: 9 jan. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689/1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em 21 out 2020.

FERRUA, Paolo. Il giudizio penale: fatto e valore giuridico. In: FERRUA, Paolo et al. *La prova nel dibattimento penale*. 4. ed. Giappichelli: Torino, 2010, p. 317-410.

GÖSSEL, Karl-Heinz. As Proibições de prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 2, v. 3, p. 397-441, jul./set. 1992.

HAACK, Susan. *Evidence matters: science, proof and truth in the law*. Cambridge:

Cambridge University Press, 2016.

HAACK, Susan. El probalismo jurídico: una disensión epistemológica. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 65-98.

MACHADO, Vitor Paczek; JEZLER JUNIOR, Ivan. A prova eletrônica-digital e a cadeia de custódia das provas: uma (re)leitura da Súmula Vinculante 14. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 24, n. 288, p. 8-9, nov. 2016.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*. Milano: Giuffrè, 2012.

Recebido em: 12/03/2020 - Aprovado em: 21/09/2020 - Versão final: 23/10/2020