

JOSÉ ROSA NETO

Doutorando e Mestrando em Direito pela Universidade Autônoma de Lisboa; Especialista em Políticas e Gestão em Segurança Pública pela Universidade Estácio de Sá; Professor de Direito Penal e Processo Penal da Universidade Cândido Mendes.

RESUMO

O presente trabalho visa enfatizar a importância que tem a preservação das provas apuradas durante uma investigação criminal, desde sua colheita pela polícia até a sua entrega à autoridade judiciária para que se produza uma decisão nos limites da legalidade. Destarte, é sobre a fiabilidade das provas que compõem a cadeia de custódia que trata este artigo.

Palavras – chave: Prova Penal - Cadeia de Custódia- Fiabilidade Probatória.

A IMPORTÂNCIA EM PRESERVAR AS PROVAS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro o tema ‘provas’ sempre foi um dos pontos de maior destaque entre os estudiosos e operadores do Direito, justamente por ser através delas que, quando bem apuradas e devidamente custodiadas, o julgador poderá obter a menor margem de erro possível ao proceder a avaliação dentro dos autos do processo. Assim, uma prova será tanto mais confiável à medida que seja mais cuidadosamente colhida e preservada em todos os aspectos. É o que denominamos de fiabilidade das provas de uma investigação criminal.

Nesse sentido, a preservação das provas em uma investigação criminal é de fundamental importância para que ao final da instrução criminal o juiz possa emitir uma decisão nos limites da legalidade. Ademais, não se pode olvidar que a ausência de fidedignidade de determinado elemento probatório coloca em risco liberdade do indivíduo, o que vem a violar a dignidade pessoa humana e, por via de consequência, os demais direitos inerentes a personalidade.

Entretanto, para tratar do tema sobre a confiabilidade das provas é mister que se aborde de uma forma geral o tema relativo a teoria da prova e tudo o que envolve a chamada cadeia de custódia (e sua preservação), uma vez que estes são requisitos fundamentais para que o magistrado possa fazer um julgamento o mais próximo da verdade possível.

1. DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

Considerado um destaque entre os estudiosos e os operadores do Direito, o estudo das provas sempre se mostrou muito atraente, pois, é através delas que um fato pretérito pode ser reconstruído e revivido dentro do processo, viabilizando, assim, o convencimento do juiz.

Segundo RANGEL (2019), no campo jurídico “prova é o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, réu e juiz) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa”.

Nesse sentido, provar é levar ao julgador um fato existente em um lapso de tempo razoavelmente aceitável, demonstrando-lhe os motivos e as circunstâncias de como aquilo ocorreu, para que dentro do processo o magistrado possa apurar como resultado, a responsabilidade criminal desejada.

Noutro giro, o termo ‘prova’ possui três sentidos basicamente: o *ato de provar*, que é a ocasião onde se verifica a exatidão e a verdade do fato alegado pela parte no processo (fase probatória); o *meio*, que é o caminho por onde é demonstrado a verdade de algo (oitiva de testemunha); e o *resultado da ação de provar*, que é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. (NUCCI, 2012).

É mister que se examine, ainda, a diferença entre ‘fontes de prova, meios de prova e meios de obtenção de prova’ para que se tenha melhor clareza sobre o tema abordado.

Assim, para indicar pessoas ou coisas de onde provém a prova, o conceito empregado é *fonte de prova*. São exemplos desta os documentos, as pessoas, o acusado, dentre outras.

Por outro lado, são denominados *meios de prova*, aqueles utilizados de forma indireta ou diretamente pelo juiz (com previsão legal ou não), visando o conhecimento dos fatos verdadeiros, esclarecendo os aspectos controvertidos. Destarte, são os referidos meios por exemplo, o conhecido indício ou mesmo uma prova testemunhal.

E por último temos o *meio de obtenção de prova*, que diz respeito a determinados procedimentos regulados por lei, o qual tem por escopo carrear as provas para o processo, cujo melhor exemplo é a interceptação telefônica com autorização judicial.

Releva consignar que visando chegar próximo a verdade o Estado baseia-se atualmente em princípios democráticos os quais separam com nitidez as funções de investigar, de acusar e de julgar, e esta separação se dá entre Polícia, Ministério Público e Juiz, respectivamente.

Destaca FERRAJOLI (2014) que, a “verdade de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente [...]”. Desse modo, a questão a ser analisada não é qual verdade o processo judicial

busca, mas sim o quanto ele pode e precisa se aproximar da verdade para proferir decisões com determinados efeitos jurídicos.

Quanto a valoração das provas pelos magistrados, o artigo 155 ressalta que as informações colhidas durante a investigação preliminar não poderão servir de base exclusiva na fundamentação de uma decisão pelo magistrado. Entretanto, o mesmo artigo faz ressalva as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Nesse contexto, são ‘provas cautelares’ as informadas pelo binômio: *periculum in mora e fumus boni iuris*, como por ex. a busca e apreensão e a interceptação telefônica. ‘São provas não repetíveis’ as que não se renovam em Juízo, a exemplificar temos, o exame de corpo de delito e o auto de exame cadavérico, etc. Por último as ‘provas antecipadas’, as realizadas na fase de inquérito visando a preservar o objeto da prova, uma vez que no processo poderá não mais existir, conforme artigo 225, CPP.

Vimos, então, que a prova no processual penal é o centro de tudo, pois, sendo um instrumento próprio para se conhecer e persuadir, tudo orbita em torno dela com o fim de melhor instruir o julgador a buscar a verdade ou chegar o mais próximo dela possível.

1.1. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À PROVA NO PROCESSO PENAL

Segundo NICOLITT (2014), princípios são “ideias fundamentais que constituem o arcabouço do ordenamento jurídico, dando harmonia, coerência e solucionando antinomias existentes no ordenamento”.

Segundo RANGEL (2019), “os princípios são as verdades primeiras, as premissas de todo um sistema que se desenvolve visando à construção de um determinado instituto ou categoria do direito”. Destarte, alguns princípios já são efetivamente peculiares a prova.

Considerado princípio fundamental na CF, a *dignidade da pessoa humana* é o princípio que primeiro deve se aplicar à prova. Assim, não se permite ao Estado perseguir a verdade através de recursos que não esteja de acordo com a dignidade humana, ou seja, a qualquer custo ou preço, por ser avesso ao Estado Democrático de Direito.

Outro princípio muito importante é o da *presunção de inocência*, previsto no artigo 5º, LVII, CF, o qual exige o trânsito em julgado para que se estabeleça a culpa.

Ainda nesse sentido, a Constituição Federal estabeleceu no artigo 5º, LVI, a *inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos*.

Nesse diapasão, a vedação da prova pode estar estabelecida em norma processual ou em norma de direito material, surgindo, em nível doutrinário, a diferença entre as duas.

“*entende-se por prova ilegítima, aquela que ofender direito processual, como por exemplo, as obtidas com violação ao disposto no art. 207 c/c 210, CPP, que trata das proibições de testemunhas. Por outro lado, a prova será ilícita quando a ofender direito penal, como por exemplo, as obtidas com violação ao domicílio (art. 5º, XI, CRFB) ou ao sigilo das comunicações telefônicas, sem ordem judicial (art. 5º, XII, CRFB). São irregulares as provas que foram colhidas com infringência das formalidades legais existentes, como por exemplo a busca e apreensão domiciliar é permitida, mas o mandado deve conter todos os requisitos legais exigidos*”. (RANGEL, 2019).

Quanto as denominadas *provas ilícitas por derivação*, hodiernamente encontra-se legalmente vedada no art. 157, §§ 1º, 2º e 3º do Código de Processo Penal.

Ainda relacionado a prova penal, tem-se no artigo 5º, LV, CF, os institutos do *contraditório e da ampla defesa*. Enquanto o contraditório garante a paridade de armas, a ampla defesa além de assegurar a defesa pessoal, através do interrogatório do acusado, garante o direito ao silêncio e a defesa técnica por advogado devidamente habilitado.

Como princípio infraconstitucional nesse tema, tem-se o da *comunhão das provas*, significando que, desde que juntada aos autos do processo, a prova pertencerá a todas as partes ali envolvidas, ou seja, defesa, acusação e magistrado.

Um outro princípio infraconstitucional é o do *livre convencimento motivado*. Nesse, o julgador tem liberdade para valorar as provas conforme seu entendimento, emitindo decisão motivada consoante artigo 155 do CPP. Ressalta-se, entretanto, que esta regra é excepcionada pelo Tribunal do Júri o qual optou pela intima convicção.

Existe, ainda, o *princípio da liberdade da prova*, o qual se encontra intimamente ligado ao princípio da verdade processual, onde o juiz deve buscar sempre os fatos verdadeiros que estejam dentro do processo. Entretanto, não obstante no processo penal vigorar a liberdade probatória, tal princípio não é absoluto, devido a proteção e garantia da pessoa humana que impedem em nosso país a procura da verdade a qualquer preço.

Concretizado, segundo a doutrina, no artigo 156 do CPP, tem-se a *verdade real* como princípio. Entretanto, não há que se falar ‘verdade real’, já que a nossa Constituição não tem a pretensão de busca-la. Se buscasse a verdade real, não teria elegido a pessoa humana como limite para obtenção de prova ilícita. Ademais, ao lado do limite ético insculpido no inciso LVI do art. 5º, CF, tem-se o instituto da transação penal nas infrações de pequena ofensividade, (art. 98, I, CF), onde a verdade não é investigada.

Observa-se, então, que o processo criminal como disciplina do direito é importantíssimo no estudo da prova, uma vez que pode-se aplicar seus princípios através dos meios que possui e reconstruir qualquer fato pretérito, proporcionando ao juiz as informações necessárias sobre todo o ocorrido, possibilitando um julgamento bem mais justo.

2. A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

Tema extremamente importante no direito é o que trata da preservação das provas em uma persecução penal. Entretanto, no direito brasileiro praticamente não há referências doutrinárias à cadeia de custódia, designação pela qual é conhecido o dispositivo que visa assegurar a integralidade dos elementos de prova.

Pode-se definir cadeia de custódia como sendo um registro cronológico efetuado de forma detalhada e cuidadosa de tudo que é apurado durante um fato criminoso, desde a coleta das provas pela polícia até a sua entrega à autoridade judiciária.

Segundo PRADO (2014) “é um dispositivo dirigido a assegurar a fiabilidade do elemento probatório, ao coloca-lo sob proteção de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória”.

Segundo a SENASP “a cadeia de custódia é o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu conhecimento até o descarte”.¹

Nas lições de Alberi Espíndola,

“Claro está que a finalidade em se garantir a cadeia de custódia é para assegurar a idoneidade dos objetos e bens colhidos pela perícia ou apreendidos pela autoridade policial, a fim de evitar qualquer tipo de dúvida quanto à sua origem e caminho percorrido durante a investigação criminal e o respectivo processo judicial”. (ESPÍNDOLA, 2009)

É cediço que para julgar o litígio o juiz precisa ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Entretanto, se não conhecer integralidade das provas sua decisão certamente ficará prejudicada. Destarte, pode-se verificar a importância que tem a cadeia de custódia e o quão ela deve ser preservada para que na fase final do julgamento o magistrado possa formar sua convicção. Ressalta-se que a redução da fiabilidade da prova pode causar danos sem reparação, podendo levar o magistrado a uma visão adulterada dos fatos.

¹BRASIL, Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Portaria nº 82, 16 de julho de 2014.

Sendo um dispositivo que visa assegurar a integridade dos elementos de prova, verifica-se que, se houver a destruição da cadeia de custódia, conseqüentemente grande parte dos elementos de prova colhidos sequencialmente se perderá, não sendo, portanto, possível se conseguir revelar a derivação de uma prova lícita de outra, ilícita, colhida anteriormente.

Não estando limitada apenas à perícia criminal, a cadeia de custódia tem ligação desde a apreensão de objetos pela delegacia nas investigações das polícias civil e militar (quando apreendem objetos relacionados com a ocorrência), até a conclusão do processo. Ressalta-se que uma vez destruídos elementos de informação nesta fase e comprovado pericialmente no processo, inviabilizada estará a defesa e a atuação do juiz em relação ao caráter de confiabilidade dos demais elementos de prova, requerendo desta feita a anulação do processo.

Por isso é de suma importância que o Estado estabeleça regras de controle e manutenção de tal atividade para que se possa ter um julgamento bem próximo da verdade.

Nesse sentido, visando qualidade e transparência em todas as fases de apuração das provas na cadeia de custódia, é importante que o Estado preserve não apenas a integridade da prova, mas igualmente, acompanhe toda a sua origem histórica, fiscalizando tudo o que foi coletado na investigação pelas polícias, seja ela, polícia civil ou militar, até a efetiva entrega ao judiciário, uma vez que é nesse caminho percorrido que a maioria do material coletado é desviado ou não devidamente acondicionado, o que vem a causar grave transtorno na decisão final do magistrado.

Esse é o sentido da cadeia de custódia: assegurar a devida manipulação dos elementos de prova e sua integridade, proporcionando maior fiabilidade a todo dispositivo, procurando sempre evitar decisão equivocada do magistrado. É nesse sentido que a cadeia de custódia torna-se de fundamental importância.

3. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

Todo o processo será anulado caso haja interrupção da cadeia custódia, já que a não preservação da integralidade das provas ali contidas afetará substancialmente a credibilidade dos meios que as deram origem. Destarte, uma vez constatada a quebra da cadeia de custódia, serão inutilizados e eliminados do processo, todos os demais elementos que vierem posteriormente, excluindo-se a prova física e as derivadas dela, devendo o magistrado, de plano, reconhecer a ilicitude de toda a prova.

Uma das formas que se pode caracterizar essa interrupção ocorre quando não se disponibilizam de forma integral determinada prova para a defesa. Pode-se citar, por exemplo, o fato de determinada prova antes existente não ter sido levada a ser submetida ao contraditório.

Assim, uma vez a prova sendo destruída, ter-se-á como consequência a quebra da cadeia de custódia, devendo o *in dubio pro* ser imposto imediatamente pelo magistrado.

Cumpra ressaltar que em algumas provas que possuem pretensão de evidência, (como interceptações telefônicas ou o DNA), a discussão a respeito da quebra da cadeia de custódia torna-se relevante, uma vez que tais provas representam um excelente caminho para se chegar a verdade, já que sua obtenção não ocorre dentro do processo. Assim, e de acordo com o que vem consagrado do inciso LVI do artigo 5º da CF, verifica-se que é de salutar importância as fontes de prova manterem a sua integridade.

É o que representa os princípios da ‘*mesmidade*’, uma vez que a cadeia de custódia se fundamenta no princípio universal de autenticidade da prova, isto é, o princípio pelo qual se determina que ‘o mesmo’ que se encontrou na cena do crime é o ‘mesmo’ que se está utilizando para tomar a decisão judicial. (PRADO, 2015).

Ressalta-se que são nas denominadas interceptações telefônicas que se tornam recorrente a violação da “*mesmidade*”, uma vez que na maioria das vezes a prova apresentada nos autos do processo não corresponde exatamente a mesma que foi colhida durante as investigações; ademais é extremamente importante que a defesa tenha acesso a integralidade das provas para o contraditório diferido, uma vez que o órgão acusador e a Autoridade Policial normalmente trazem para o processo apenas o que lhe interessam.

Conclui-se, então, que é na preservação da cadeia de custódia que vem a residir a validade de uma prova, ainda mais se sua colheita aconteceu fora do processo, como ocorre na interceptação telefônica e no exame de DNA, já consignado alhures.

Esse tema foi tratado em uma importante decisão que o Superior Tribunal de Justiça proferiu no HC nº 160.662 de 2014, em que o conteúdo das interceptações telefônica e telemática foram extraviados no âmbito da Polícia Judiciária, onde o parecer do professor Geraldo Prado sobre a integralidade das provas na cadeia de custódia foi base para o processo. A decisão remetia para que os atos que compusessem a cadeia de custódia deveriam ser preservados, mantendo a fiabilidade na sua totalidade. Destarte, consideradas como provas ilícitas foi determinado que elas fossem desentranhadas dos autos, por se tratar de constrangimento ilegal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente ensaio teve como escopo tecer uma discussão sobre importância que tem a preservação das provas em uma investigação criminal, uma vez que é com fundamento nelas que o juiz forma sua convicção decidindo pela condenação ou absolvição. Para isso perpassamos pela

teoria geral das provas e os princípios aplicáveis a elas. Em seguida discorreu-se sobre a cadeia de custódia, enfatizando a importância de sua preservação, posto que, a fiabilidade das provas e de suas fontes de obtenção é que irão levar o magistrado a ter uma visão não distorcida do processo e, conseqüentemente, emitir uma decisão dentro da legalidade.

Não se pode olvidar que o que está em jogo em um processo criminal é a liberdade do indivíduo, que é a regra, sendo a prisão como exceção, a *última ratio*, devendo, portanto, ser imposta quando demonstrado em contraditório e ampla defesa, a culpabilidade do agente. Destarte, o Estado deve estar atento em fiscalizar todas as provas que estejam relacionada com determinado fato criminoso, afastando qualquer indicio de prova ilícita e suas derivações, atuando efetivamente desde a aquisição do material probatório na fase investigativa até a sua definitiva entrega à autoridade judiciária para se faça um julgamento legal e justo. É o que se espera e se impõe a um Estado de Direito.

REFERÊNCIAS.

- 1) BRENE, Cleyson. *Manual de Processo Penal para Polícia. Teoria e Prática*. 2 ed. Salvador: jus POIVM, 2018.
- 2) ESPÍDULA, Alberi. *Perícia Criminal e Cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia*. 3ª ed. Campinas: Millenium, 2009.
- 3) FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- 4) NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo Penal*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- 5) NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal/*. – 9. Ed. Rev., atual. E ampl. – são Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- 6) PARDO, Geraldo. *A Quebra da Cadeia de Custódia das Provas no Processo Penal Brasileiro*. Lisboa: Rei dos Livros, 2015.
- _____. *Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- 7) RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 27ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019.
- 8) STJ. HC, nº 160662/RJ, 6ª Turma, J. 18/02/14.