

**FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

CAROLINE VENTURINI DE ARAUJO FERREIRA

CADEIA DE CUSTÓDIA E A HIGIDEZ PROBATÓRIA

PORTO ALEGRE

2021

CAROLINE VENTURINI DE ARAUJO FERREIRA

CADEIA DE CUSTÓDIA E A HIGIDEZ PROBATÓRIA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos Humanos E Fundamentais, Processo Penal.

Linha de Pesquisa: Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados

Orientador: Dr. Fábio Roque Sbardello.

PORTO ALEGRE

2021

Espaço destinado à ficha catalográfica. Deve ser solicitada após a defesa e elaborada por um bibliotecário do Programa de Pós-graduação.

CAROLINE VENTURINI DE ARAUJO FERREIRA

CADEIA DE CUSTÓDIA E A HIGIDEZ PROBATÓRIA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em: ____ de _____ de ____.

Banca examinadora

Prof. Dr. Fábio Roque Sbardellotto
Orientador

Prof. Dr. Rogério Gesta Leal
1º Examinador

Prof. Dr. Miguel Tedesco Wedy
2º Examinador

*Dedico este trabalho ao meu esposo
Juliano e aos meus filhos Pedro e João.*

AGRADECIMENTO

Agradecimento ao Prof. Fábio Sbardello por sua paciência e conhecimentos compartilhados.

RESUMO

O presente trabalho enfoca a cadeia de custódia, conceito, função, finalidade, além da importância desse tema no contexto da prova no processo penal brasileiro. Para isso, fez-se necessário apresentar a teoria geral da prova, princípios atinentes às provas, a valoração da prova, bem como discorrer sobre a ilegitimidade, a ilegalidade e a ilicitude das provas. Tudo isso, como forma de garantir qualidade e idoneidade da fonte de prova no contexto do processo penal. Numa abordagem objetiva, à luz dos direitos e garantias individuais, a partir da metodologia hermenêutica dedutiva, tendo como referencial teórico a bibliográfica nacional e internacional. Nos últimos anos, o tema cadeia de custódia da prova penal ganhou notoriedade a ponto de merecer uma análise aprofundada da sua conceituação, desdobramentos e relevância. A cadeia de custódia possui um procedimento regrado, como forma de garantir a verificação de sua cronologia existencial e, assim, garantir confiabilidade da prova produzida no processo penal desde o momento da colheita da evidência até o momento da valoração da prova pelo julgador. A finalidade central do instituto é outorgar um elevado grau de precisão ao julgamento diante de uma prova hígida e confiável. Contudo, diante de uma regulamentação incipiente, é possível observar as lacunas à garantia da fiabilidade da prova penal, vez que a Lei 13964/2019 silencia acerca dos efeitos da não observância correta do instituto da cadeia de custódia, de sua irregularidade, inexistência e quebra. Assim, pretende-se apontar os desdobramentos do desrespeito ou violação ao instituto da cadeia de custódia da prova penal, verificando as implicações que isso resulta, especialmente no que tange à incidência de ilicitude da prova e sua repercussão no processo penal, sempre à luz das garantias constitucionais e individuais.

Palavras-chave: processo penal; provas; cadeia de custódia, higidez da prova.

ABSTRACT

The present work focuses on the chain of custody, concept, function, purpose, in addition to the importance of this theme in the context of evidence in the Brazilian criminal procedure. For this, it was necessary to present the general theory of evidence, principles relating to evidence, the valuation of evidence, as well as the illegitimacy, illegality and illegality of evidence. All of this, as a way to guarantee the suitability of a reliable source of evidence for criminal proceedings. In objective approach, in the light of individual rights and guarantees, based on the deductive hermeneutic methodology, having as theoretical reference the national and international bibliography. In the last few years, the theme of criminal evidence chain of custody has gained notoriety to the point of deserving a thorough analysis of its conceptualization, developments and relevance. The chain of custody has a regulated procedure, in order to guarantee the verification of its existential chronology and, thus, ensure the reliability of the evidence produced in the criminal procedures, from the moment of collection of evidence until the moment it is evaluated by the judge. The main purpose of the chain of custody is to grant a high degree of accuracy to the judgment in the face of sound and reliable evidence. However, given an incipient regulation, it is possible to observe the gaps in ensuring the reliability of criminal evidence, since it is silent about the effects of not correctly observing the chain of custody institute, its irregularity, non-existence and breach. Thus, it is intended to point out the consequences of the disrespect or violation of the chain of custody of the criminal evidence. Also, verify the implications that this results, especially regarding to the incidence of illegality of the evidence and its repercussion in the criminal process, always in light of the constitutional and individual guarantees.

Keywords: criminal procedure; evidence; chain of custody; soundness of evidence.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	10
1	TEORIA GERAL DA PROVA	12
2	PRINCÍPIOS ATINENTES ÀS PROVAS	20
2.1	PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	21
2.2	PRINCÍPIO DO ‘ <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> ’.....	30
2.3	PRINCÍPIO <i>IN DUBIO PRO REO</i>	36
2.4	PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DA PROVA.....	39
2.5	PRINCÍPIO DA ORALIDADE.....	41
2.5.1	Princípio da Oralidade e Pandemia	44
2.6	PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE UTILIZAR PROVAS ILÍCITAS.....	46
2.7	PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	50
2.8	PRINCÍPIO DA CONCENTRAÇÃO.....	53
2.9	PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ.....	56
2.10	PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.....	57
2.11	PRINCÍPIO DA AUTORRESPONSABILIDADE DAS PARTES.....	59
3	VALORAÇÃO DA PROVA	59
3.1	STANDARD DA PROVA.....	60
3.2	SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA.....	65
3.2.1	Sistema da prova tarifada (verdade ou prova legal)	65
3.2.2	Sistema da Íntima Convicção (sentimental ou certeza moral do julgador)	67
3.2.3	Sistema do Livre Convencimento Motivado (persuasão racional do juiz ou verdade real)	68
4	(I)LICITUDE DA PROVA	71
4.1	DAS PROVAS ILÍCITAS.....	71
4.2	DA INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA	75
4.3	DAS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO.....	77
4.4	ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	81

4.5	PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE <i>PRO REO</i>	84
5	A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	86
5.1	CONCEITO.....	88
5.2	DA LEGISLAÇÃO APLICADA À CADEIA DE CUSTÓDIA.....	98
5.3	PRINCÍPIOS DA CADEIA DE CUSTÓDIA.....	109
5.3.1	Princípio da Fiabilidade e Autenticidade da Prova Penal.....	109
5.4	PRINCÍPIO DA MESMIDADE.....	111
5.5	PRINCÍPIO DA DESCONFIANÇA.....	113
5.6	CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL.....	115
5.7	QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA.....	118
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	131
	REFERÊNCIAS.....	133

INTRODUÇÃO

Primeiramente, pretende-se contextualizar a prova no âmbito processual penal, devido a sua finalidade e forte carga valorativa, que é o ato de provar e elucidar os fatos. No processo penal, o tema prova possui um papel fundamental, por ser o alicerce da demanda e implicar na reconstrução aproximada dos fatos, que deve ser devidamente conhecido pelo julgador para que com isso, possa exercer um juízo de valor justo, democrático e à luz das garantias constitucionais. É através das provas que são incluídos na demanda os fatos e as circunstâncias de uma infração penal, e por meio delas o magistrado atua e fundamenta sua decisão.

Nesse contexto, e em face das mudanças que o mundo contemporâneo impõe, surge o instituto da cadeia de custódia da prova penal, através da Lei n.º 13.964/2019 e, com isso, a positivação de diversos dispositivos específicos no Código de Processo Penal (artigos 158-A até 158-F). Dessa forma, o presente instituto passa a adquirir acentuada notoriedade, o que nos motiva ao enfrentamento do tema sob o enfoque da manutenção da necessária higidez probatória. A garantia da confiabilidade da prova produzida no processo penal e, conseqüentemente, um julgamento legítimo e verdadeiro, inicia desde o momento da coleta da evidência até o dia em que será valorada pelo órgão julgador.

Dessa forma, o instituto da cadeia de custódia da prova penal é essencial, por ser um conjunto de procedimentos técnicos e científicos, com o objetivo de garantir a integridade da prova que serve tanto para absolvição como para a condenação do acusado. A cadeia de custódia engloba todo o caminho que deve ser percorrido pela prova, de forma a proteger um determinado vestígio, desde o local do crime até o seu reconhecimento como prova material. São elos concatenados que impõem cronologia da posse do elemento probatório e, com isso, respeito à integridade da prova.

Com isso é fundamental demonstrar que a função do instituto da cadeia de custódia consiste em estabelecer parâmetros de preservação das provas que serão subjugados ao contraditório. A ausência de cuidado com o elemento produzido ou a sua manipulação indevida, repercute de forma direta no processo penal, até porque, a prova sempre é o alicerce que o juiz utiliza para embasar e a construir a sua decisão.

Melhor dizendo, o instituto da cadeia de custódia é a garantia às partes de que todos os elementos que instruem a acusação, bem como a defesa, foram devidamente obtidos em respeito aos procedimentos legais, compromisso esse que o Estado tem com um processo democrático e justo. Um processo legal e constitucional implica no apoucamento dos riscos de condenar inocentes e absolver culpados.

Entretanto, caso ocorra o desrespeito aos procedimentos estabelecidos pela cadeia de custódia, trava-se a discussão e a reflexão sobre a quebra da cadeia de custódia da prova penal e suas consequências daí advindas, objeto desta pesquisa acadêmica.

Para tanto, deve-se sempre levar em consideração as duas posições que os processualistas sustentam. De um lado, os que defendem a exclusão da prova não custodiada. Por outro lado, os que defendem evitar a exclusão da prova, por entender que quanto mais abundante a prova, mais próximo da verdade provável. Com isso, estas provas poderiam auxiliar na determinação de fatos relevantes ao processo.

No entanto é preciso cautela. Ainda que rico seja todo o contexto probatório, em princípio, toda a prova deve passar pelo crivo da legalidade e higidez. Admitir provas relevantes que não sejam confiáveis e que mais tarde, no caso concreto, venham a ser valoradas de forma subjetiva pelo juiz, é muito temeroso. Um elemento de prova, não custodiado, pode ferir a dignidade da pessoa humana. A análise da prova deve ser regida pela presunção da inocência, minimizando as mazelas da injustiça penal, no sentido de não condenar ou absolver mais ou menos, mas condenar e absolver de forma justa.

Por fim, pretende-se demonstrar todos os desdobramentos quando ocorrer a quebra da cadeia de custódia, demarcando que caso não sejam observado os trâmites e cuidados necessários, a falta de fiabilidade da prova poderá ensejar a ilicitude do conjunto probatório.

1 TEORIA GERAL DA PROVA

A prova judiciária tem por finalidade a reconstrução do acontecido, de forma a buscar a possível realidade histórica conjugada com a realidade dos fatos. Tarefa difícil.

A palavra prova provém do verbo *probare*, que vem da raiz *proba*, que significa verificar, provar, reconhecer, aprovar. Segundo o dicionário Houaiss a palavra prova denota aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de algo.¹

Para Giacomolli:

A palavra *prova*, no processo penal, passou a representar tudo o que a ela pertine, ou seja, os meios empregados na demonstração dos fatos ou do *thema probandum*, a atividade utilizada pelas partes para levar ao processo os meios de prova, bem como o próprio resultado do procedimento probatório, ou seja, o convencimento exteriorizado pelo julgador.²

O termo prova é polissêmico, poliédrica, por apresentar diferentes significados e em diferentes contextos.

No entendimento de Antônio Gomes Filho:

Para o autor, tanto na linguagem comum como processual, o vocábulo é *polissêmico* e pode significar *demonstração*, *experimentação* ou *desafio*. Como *demonstração*, a existência de *prova* de um fato significa que há elementos de informação a partir dos quais se pode concluir que uma afirmação sobre um fato é verdadeira. Como *experimentação*, o vocábulo remete à atividade, pesquisa, procedimento ou instrução probatória por meio de que se testa uma proposição, a fim de estabelecer se é verdadeira ou falsa. Como *desafio*, prova indica um obstáculo ou teste necessário para se reconhecer uma aptidão, falando-se nesse sentido, por exemplo, em prova de concurso, em ônus da prova ou em ordálias e júzos de Deus. Ainda, faz o autor diversas distinções, como entre elemento e resultado da prova e entre fontes, meios e meios de investigação da prova.³

O objeto prova no âmbito processual penal, sobre o qual reside nossa preocupação, está como *elemento de prova*, ou seja, a demonstração dos fatos e das circunstâncias em que repousa a convicção do julgador e sobre os quais as partes se debruçam para demonstrar ou mesmo desconstituir os acontecimentos que sustentam uma inicial acusatória ou uma investigação, promovendo o diálogo processual em torno de eventos objetivos da vida.

É essencialmente por meio das provas que reside a atividade recognitiva do juiz.

¹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 230.

² GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015. p. 172.

³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: Yarshell, Flavio Luiz. Moraes, Mauricio Zanoide (coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 303-318.

Para Juarez Tavares, o conceito de provas segue as tradições jurídicas:

As diferentes tradições jurídicas também reservam sentidos e papéis distintos à prova jurídica: na tradição do *Civil Law*, a prova se relaciona com a busca da ‘verdade’ capaz de tornar justa uma decisão judicial, enquanto que na cultura jurídica *Common Law*, a prova é um elemento produzido por uma parte, em meio ao confronto entre duas versões, para fazer triunfar o relato mais verossímil.

Todavia, todas as acepções da palavra ‘prova’ ligam-se, em maior ou menor escala, ao valor ‘verdade’. Mesmo a ideia de que a ‘prova jurídica’, diante da existência de limitações legais, pode se distanciar desse valor, reconhece que a atividade probatória busca tanto uma aproximação com a verdade sobre uma hipótese quanto a produção de efeitos típicos da verdade a partir do respeito a um determinado procedimento. A ideia de prova no direito é construída a partir de uma relação dialética entre saber e verdade, em uma dinâmica que envolve a possibilidade de saber os efeitos que são conferidos à verdade. Em certo sentido, pode-se definir ‘prova’ como um ato voltado à obtenção dos efeitos inerentes à verdade em relação a uma proposição ou hipótese.⁴

Assim, provar significa, em outras palavras, estabelecer limites, no mínimo aproximativos de uma convicção ou certeza, para fins de elucidação de um determinado fato da vida. Ou seja, é absoluta a vinculação entre a prova e a tentativa de (re)construção dos fatos, a fim de alcançar o devido conhecimento ao deslinde da demanda.

Mittermayer assevera que:

Todas as vezes que um indivíduo aparece como autor de um fato, que é, por força de lei, de consequências aflitivas, e que se trata de lhe fazer a aplicação devida, a condenação repousa sobre a certeza dos fatos, sobre a convicção que se gera na consciência do juiz. A soma dos motivos geradores dessa certeza se chama prova (...) o impulso que se produz em nós diante da prova, e que comunica o movimento ao que chamaremos fiel da balança da consciência, pode ser mais ou menos poderoso. Quanto menos vigoroso, apenas produz suspeita, gera só uma pura e simples presunção, quando, porém, violento e irresistível, faz descer e conserva embaixo a concha: é a certeza que pesa.⁵

E complementa o autor, “A prova é o complexo dos motivos produtores de certeza”.⁶

É por meio da atividade probatória que o juiz obtém condições de analisar, avaliar e julgar o processo. E quando estamos na seara criminal, sua importância adquire maior relevância. É essencialmente através das provas que se fornece o instrumental e se criam condições para o juiz ter embasamento e absolver ou condenar alguém.

Como assinala Giacomolli, é por meio da prova que são introduzidos no processo penal os fatos e as circunstâncias de uma determinada infração criminal (funcionalidade de

⁴ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e Verdade**. 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 17.

⁵ MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos editor, 2. ed, 1909. p. 55.

⁶ MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos editor, 2. ed, 1909. p. 75.

cognoscitiva-reconstrutiva) e tudo o que importar ao convencimento do julgador (funcionalidade persuasiva).⁷

Entretanto, frisa-se que além da função persuasiva em relação ao Julgador, o conteúdo probatório serve para fazer acreditar que o trâmite processual está para buscar a verdade. Entretanto, essa ‘verdade’ é uma verdade possível e aproximativa, pois não há como afirmar que num processo de reprodução de um fato que ficou no passado se possa alcançar a verdade real.

Nesse sentido, para a busca da verdade, a prova deve ser completa e envolve um todo, não apenas ramificações ou parte da prova. Por isso o conjunto probatório é de extrema importância.⁸

As variáveis da vida são inúmeras. E cada prova é um fragmento da história. Por isso, a busca pela verdade é aproximativa, nunca será absoluta. A reconstrução de uma história ou de um fato delituoso, deve estar amplamente embasada com provas, para o convencimento do magistrado, sem pretender o domínio da verdade processual como um retrato impecável da realidade absoluta.⁹

Dentro do processo penal, não há uma verdade absoluta. Tenta-se chegar a uma reconstrução possível e aproximada da verdade. A prova, por sua vez, deve advir de um procedimento de conservação ímpar e ilibada, para que seja meio de convencimento idôneo do julgador. Devemos olhar para o sistema jurídico como um todo.

O processo penal tem como dever precípua, como vimos, a reconstrução aproximada dos fatos investigados, buscando, sempre que possível, a difícil tarefa de instruir o julgador com a reconstrução do fato e suas circunstâncias, no afã de viabilizar contornos seguros para a formação de sua convicção.

Gil, ao abordar o tema entende que:

A verdade, por sua vez, é indiscernível da objetividade, quando se está tratando das ciências exatas, tal como a matemática, pois, quando se ‘demonstra uma proposição matemática, esta só pode ser aquilo que é’. Contudo, no direito a questão não pode ser abrangida da mesma forma. Por isso que ao tratar de um tema tão complexo como a

⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal. Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 199.

⁸ CARNELLUTI, Francesco. **Verità, Dubbio e Certezza**. Tradução por Eduardo Cambi: Verdade, dúvida e certeza, 1997. Texto publicado originalmente na Revista Di Diritto Processuale, Padova: Cedam, 196. Vol. XX, p. 4-9. Disponível em: < <https://www.passeidireto.com/arquivo/22730253/carnelutti-c—verita-dubbio-certezza- traduzido>>. Acesso em:30.11.2021.

⁹ MAIER, Julio B. J . **Derecho procesal penal**: parte general: actos procesales. Buenos Aires: Del Puerto, 2011. p. 71.

verdade, o autor define-a como problemática, justamente por não existir uma resposta unívoca sobre ela.¹⁰

Tudo que podemos conseguir, na reconstrução da prova, é uma verdade parcial.¹¹

Isso quer dizer que não é possível a verdade real, mas a verdade aproximada.

Assim, destaca Julio Maier:

Em geral, chamamos prova a tudo aquilo que, no procedimento, representa o esforço para incorporar os rastros ou sinais que conduzem ao conhecimento certo ou provável de seu objeto. Mas esse é só um dos sentidos do conceito, pois também recorremos a ele quando pretendemos indicar um resultado da atividade probatória (por exemplo, o conteúdo desse documento prova tal circunstância ou fato). É certo, por isso, que o conceito de prova é a síntese de diversos aspectos, pois a figura da prova é poliédrica. Não obstante, no que agora nos interessa, é suficiente aceitar o significado intuitivo, relacionado com o conhecer, comprovar, enfim, nos aproximarmos da verdade.¹²

É claro que ainda temos um pano de fundo do sistema inquisitório, na busca desenfreada pela verdade real e na falsa sensação de combate ao crime.

Nesse sentido, Jobim afirma que:

Sob o argumento de estar na busca processual da verdade real, o magistrado imagina o fato e tenta reconstruí-lo sem limites, quando então determina provas de ofício, ouve testemunhas referidas, interroga novamente o réu e dá valor graduado à fala de informantes.¹³

Michele Taruffo, classifica as teorias sobre a função da prova em três categorias.¹⁴

Para a *primeira* posição, evidência é *nonsense*, ou seja, parte-se da presunção da impossibilidade de se alcançar a verdade. Evidência tem então uma função de dar uma aparência de legitimação racional a uma espécie de mecanismo teatral cuja função seria dissimular a realidade irracional e injusta das decisões judiciais. Observa-se, neste sentido, a desesperança quanto à almejada segurança jurídica proporcionada pela via processual, embasada substancialmente no contexto probatório e seu desiderato reconstutivo de uma realidade distante ou mesmo próxima.¹⁵

A *segunda*, compreende as ‘concepções semióticas ou narrativas’ do processo judicial, ocorrendo o desenvolvimento de narrativas de fatos, quando então uma delas é escolhida na

¹⁰ GIL, Fernando. “Modos da Verdade”. [Entrevista conduzida por] Rui Cunha Martins. **Revista de Histórias das Idéias**, Coimbra: Instituto de História e Teoria das Ideias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, v. 23, 2002, p. 17.

¹¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao ‘Verdade, Dúvida e Certeza’ de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. **Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos**, 2002, p. 175.

¹² MAIER, Julio. **Derecho procesal penal**. tomo 1, Fundamentos, 2. ed, Buenos Aires, 1999. p. 859.

¹³ JOBIM, Augusto; BIZZOTTO, Alexandre; EBERHARDT, Marcos. Informalização e crise do processo penal. Sistema acusatório: (apenas) uma necessidade do processo penal constitucional. In: Rodrigo G. Azevedo; Salo de Carvalho (orgs.). A crise do processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal. Sapucaia do Sul: Notadez, 2006.

¹⁴ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 81/87.

¹⁵ Ibid, p. 81/87.

decisão judicial. Aqui, a prova ‘pode’ ser útil ou não, para embasar a história do caso da parte ou do julgador. Como bem coloca Guzmán, “Essa posição, famosa nas escolas da nova retórica, nega a função cognitiva da prova, ou seja, a prova não tem por função conduzir ao conhecimento dos fatos, mas apenas persuadir”.¹⁶

Vê-se, aqui, pois, que a prova assume a uma função convincente.

Em certo sentido, reconhecem-se as delimitações quanto à almejada certeza, mas se mantém uma perspectiva de utilitarismo jurisdicional para o conjunto probatório e sua importância, na interpretação e manejo das provas pelas partes e sua utilização em juízo.

Por fim, a *terceira* classe de teorias vincula-se à necessária prestação jurisdicional estatal, dado que a existência do processo como forma de solução de litígios de natureza penal. Equivale dizer que a racionalidade da decisão judicial deve sustentar-se em contornos de forma objetiva, que se vinculam à análise da prova. Por isso, as provas no processo penal são os fundamentos pelo qual se materializam as convicções judiciais, conferindo segurança objetiva aos cidadãos. Assim, o que se pretende aqui é que legalidade e justiça somente faz sentido quando a prova está alicerçada com os direitos e as garantias do cidadão, direito fundamental e essencial no estado democrático de direito.¹⁷

É por meio da atividade probatória e de toda a instrução que se realiza no processo penal, que o magistrado terá a possibilidade de conhecer com mais profundidade os fatos alegados e prolatar uma decisão que inspire segurança jurídica.

Sabe-se com isso, que a conclusão do juiz não pode estar baseada em critérios arbitrários ou meramente subjetivos, devendo emanar, necessariamente, de uma construção lógica.

Segundo Nereu José Giacomolli:

Provar no processo penal é demonstrar ao julgador, levar a até ele o conhecimento da existência de um fato determinado (que), em um espaço (onde) e tempo (quando) razoáveis. Também é proceder a verificação dos impulsos criadores do fato (porque) e as circunstâncias deste (como), para que seja possível a emissão de um juízo acerca das situações processuais que se desenvolvem nos autos, bem como acerca da responsabilidade criminal do imputado. Assim, prova, na perspectiva totalizante, vincula-se ao resultado.¹⁸

¹⁶ GUSMÁN, Nicolas. **La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica**. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puetro, 2011. p. 104.

¹⁷ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 81/86.

¹⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. Valor da Prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria criminal. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; SILVERIA, Edson Damas (orgs.). **Prova Penal**: Estado Democrático de Direito. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 47.

A instrução probatória tem por objetivo produzir um estado de certeza e convicção na consciência do magistrado, a respeito da existência ou inexistência de um fato, que se considera importante e de interesse para uma decisão justa do litígio.

Tonini, a respeito das provas afirma que “a prova pode ser definida como ‘um procedimento lógico’, extraído de um fato produzido no processo (ex. declaração de testemunha), do qual se obtém a existência de um fato a ser provado”.¹⁹

Dessa forma, a prova penal tem por objetivo construir a busca pela verdade aproximada e substancial de um fato ocorrido, de maneira a instruir o processo e estabelecer conexão no convencimento do juiz. São as provas, de modo singular, que permitem a aproximação do fato histórico que já aconteceu com a realidade.

O processo penal tem a função de prestar a devida tutela jurisdicional frente às provas colhidas, a fim de que se possa desvendar a busca pela verdade mais aproximada dos fatos.

O processo penal deve ser um procedimento regular, onde o contexto probatório seja produzido de maneira digna e em respeito ao devido processo legal. Um processo justo é um ambiente onde as partes possam discutir a veracidade, a credibilidade e a legalidade da prova.²⁰

Somente a partir de provas materialmente concretas e sob o crivo da legalidade, pode-se ensejar uma punição. Ou seja, a infração penal somente é perfeitamente reconstituída com provas que assegurem a dignidade da pessoa humana e, dessa forma, se terá uma prestação judicial em conformidade com as garantias constitucionais.

No passo de não punir menos, mas buscar punir da melhor forma, criam-se parâmetros internacionais de proteção de direitos humanos, com olhos à defesa da paz e dos direitos da dignidade da pessoa humana.

Mesmo assim, há a ressalva de Prado no sentido de que “Jamais, no plano científico-jurídico e em qualquer ciência, a prova reconstrói a verdade real porque a mesma é inalcançável”.²¹

E é isso mesmo. A verdade que conseguimos alcançar é aproximada. De qualquer sorte, tal perspectiva não impede que se encontrem possibilidades de segurança jurídica na prestação jurisdicional exercida a partir do conjunto probatório produzido de modo lícito e válido. Daí a relevância da higidez probatória, em todos os sentidos, e as devidas cautelas que se fazem

¹⁹ TONINI, Paolo. **La prova penale**. 2. ed. Padova: Cedam, 1998. p. 8.

²⁰ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 44.

²¹ Id. **Prova Penal e sistema de controle epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcia Pons, 2014. p. 45/51.

necessárias quando da existência de vestígios a partir da cadeia de custódia, que será analisada no presente estudo.

Nosso Código de Processo Penal importa-se com a fidedignidade da prova colhida, estabelecendo no art. 6º, inciso I que “a autoridade policial deverá dirigir-se ao local do fato, providenciando para que não se alterem o estado e a conservação das coisas até a chegada dos peritos criminais”.

Com isso, a regra é clara, todo o material probatório deve ser preservado e colocado sob custódia para garantia da mesmidade da coisa.

Nesse sentido Valente muito bem leciona acerca da prova penal:

A prova resultado, advinda tão-só de um processo/procedimento de conservação da sua identidade e autenticidade, não pode resumir-se a uma condição de meio retórico, mas assumir-se como entendimento final fundamentado num Direito e num proceder judiciário e policial íntegro, límpido, leal e democrático.²²

Por outro lado, Frederico Marques apregoa que “a descoberta da verdade, conseqüentemente, é o meio e modo de comprovação da exata situação concreta em que deve incidir a norma penal a ser jurisdicionalmente aplicada”.²³

Por isso, quando o tema é prova em processo penal, impõe-se um olhar amplo, a fim de contemplar a bilateralidade e a confrontação, o que chamamos de contraditório, como forma de evitar abusos estatais, também para permitir ao autor da ação penal e ao acusado apresentarem suas versões dos fatos.

Ressalta Eduardo Couture citado por Jardim que “a justiça se serve da dialética porque o princípio da contradição é o que permite, pela confrontação dos opostos, chegar à verdade”.²⁴

Aliado ao que foi dito, temos o processo como instituto central do direito processual penal, aquele por onde irradiam outros institutos fundamentais como jurisdição, defesa, acusação e ação. O processo é o conjunto de atos solenes, no qual pessoas autorizadas, respeitando certas regras, aplicam a lei ao caso concreto. É o cenário onde se desenvolvem, com equilíbrio e estrutura, as atividades do Estado e das partes. O processo é onde se centraliza e exala o direito a partir dos fatos da vida.

Nesse sentido, Bizzotto e Rodrigues, atentam que para o “direito subjetivo à prova como faceta da proteção constitucional garantidora, no sentido de que a prova deve ser contundente

²² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Cadeia de Custódia da Prova**. 2. ed, Portugal: Almedina, 2020.p.23.

²³ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1961, v. 1. p. 61.

²⁴ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal: estudos e pareceres**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 60.

o suficiente para superar o estado de não culpabilidade constitucionalmente garantidora ao réu”.²⁵

Assim, o direito que se busca, através dos meios de prova disponíveis, é um direito com um procedimento assentado, que conjugue eficiência e garantia, através do devido processo penal, traçado pelos direitos constitucionais e convencionais, com prazo razoável e precedido da identificação dos princípios e das regras gerais a ele aplicáveis.

Ainda, é imperioso salientar a diferença entre meio de obtenção de prova e meio de prova. Meio de prova é quando se oferece à autoridade judiciária o conhecimento dos fatos, para formação da sua convicção, por exemplo, através da testemunha e dos documentos, etc. Meio de obtenção de prova são os mecanismos que permitem chegar-se à prova. Em outras palavras, os meios de obtenção de prova nos levam até os meios de prova. Aqueles antecedem a estes.

Nesse sentido, Badaró:

Enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (por exemplo o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (por exemplo uma busca apreensão) são instrumento para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (por exemplo um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direito do julgador, os meios de obtenção de prova somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos.²⁶

Toda a prova que possa futuramente embasar uma sentença, deve necessariamente estar presente na demanda e sob à luz da garantia da jurisdição e da garantia de um processo penal justo e legal.²⁷

Assim, a fim de finalizar sem a pretensão de esgotar o tema antes de adentrar na principiologia das provas, cabe aqui ressaltar que uma das principais garantias asseguradas aos cidadãos no Estado Democrático de Direito é a jurisdição, prestada por órgão estatal imerso em prerrogativas que asseguram imparcialidade e capacidade para a análise dos meios de provas obtidas licitamente. E, por isso, a parte deve ser julgada com as provas produzidas a partir do exercício do poder jurisdicional, com todas as garantias dele inerentes e de todas as demais regras do devido processo penal.

²⁵ BIZZOTTO, Alexandre; ROGRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista: visão constitucional e novas tendências**. Goiânia: AB, 2003. p. 105.

²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 270.

²⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 411.

2 PRINCÍPIOS ATINENTES ÀS PROVAS

Princípios são as estruturas da norma, são o seu fundamento em essência, são o refúgio em que a norma encontra sustentação para racionalizar a sua legitimação, são a base de onde se extrai o norte a ser seguido por um ordenamento.

Os princípios são transmissores da interpretação no ordenamento jurídico. Eles disseminam toda a ordem jurídica com valores fundamentais que vão guiando a compreensão e aplicação da norma ao caso concreto.

Partindo do pressuposto de que nosso Código de Processo Penal é de 1941, havia muitos dispositivos conflitantes com o diploma Constitucional atual. Com isso, se fez necessário, a partir da reforma processual em 2008, adequar a legislação à luz de princípios gerais existentes em nosso ordenamento jurídico, juntamente com aqueles que dizem respeito à prova, objetivando, assim, a efetivação do Estado Democrático de Direito.

O Código de Processo Penal, adequando-se aos princípios constantes na Constituição Federal, tem por objetivo proteger o cidadão contra as arbitrariedades estatais, fazendo com que este possa exercer sua atividade por meio do processo judicial, mas sempre oportunizando às partes o direito de defesa, a paridade de armas e a garantia de uma demanda digna.²⁸

Os princípios, no que diz respeito às provas, no âmbito processual penal, têm por objetivo orientar e nortear o intérprete do Direito para um melhor entendimento da norma ao caso em concreto, bem como auxiliar o juiz no seu julgamento justo e ponderado.

Nesse sentido, André:

Quando buscamos traçar o elenco de princípios ligados à prova, estamos destacando os mandamentos nucleares sobre o tema, ou seja, aquilo que deve servir de orientação para a interpretação, para a aplicação e para a criação das regras jurídicas. Destaca-se, ainda, o papel importante dos princípios para o afastamento das antinomias entre as regras que regem a matéria.²⁹

Ou seja, os princípios fazem com que asperge toda a ordem jurídica com preceitos fundamentais, que direcionam a interpretação.

Canotilho, sustenta acerca dos princípios:

Os princípios são multifuncionais, tanto por desempenharem função retórica ou argumentativa, quanto por serem normas de conduta. Quanto ao primeiro caso (função argumentativa), permitem ‘por exemplo denotar a *ratio legis* de uma disposição ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo,

²⁸ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanchez; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e Lei de Trânsito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 270.

²⁹ NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 653.

possibilitando aos juristas, sobretudo aos juizes, o desenvolvimento, a integração e complementação do direito’.

O autor ainda vai além, afirmando que os princípios são verdadeiras normas qualitativamente distintas das regras jurídicas, configurando-se em normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos. Não prescrevem imperativamente uma exigência, tal como as regras – que impõem, permitem ou proíbem uma conduta -, coexistindo, ao invés de excluïrem-se, tal como ocorre com as regras antagônicas. Ademais, os princípios não se inserem na lógica do ‘tudo ou nada’, permitindo o sopesamento de valores e interesses, conforme o peso e a ponderação, numa situação de conflito com outro princípio.³⁰

É também através dos princípios que não apenas podemos interpretar o direito e sistematizar a matéria, mas também suprir eventuais lacunas da lei.

Nesse sentido, Novelino apregoa que “o norte princípio lógico deve ser prospectado, inicialmente, na Constituição, ressaltando a importância e a essencialidade dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico, sobretudo na busca de um ‘direito justo’”.³¹

Por sua vez, Miguel Reale reconhece que os princípios são enunciações ou juïzos basilares que fundamentam e garantem certeza a um conjunto de juïzos organizados em um sistema de conceitos relativos a uma parte da realidade. Às vezes, também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes de validade de um sistema particular de conhecimentos, como pressupostos necessários.³²

Por isso, notadamente quando se busca sedimentar e aprofundar o tema da cadeia de custódia da prova processual penal e as consequências quando de sua violação, afigura-se essencial o estabelecimento dos parâmetros principiológicos vigentes, sem a pretensão de esgotá-los, mas com o fito de encontrar bases que possam amparar convicções e reduzir incertezas.

2.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O Princípio da Presunção de Inocência, consagrado na nossa Constituição Federal, no seu art. 5º, inciso LVII, dispõe que: ‘Ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’. Tal conceito tem forte inspiração na Constituição Italiana de 1948, que previa: “O imputado não é considerado culpado até a condenação definitiva”.

³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1996, p. 167.

³¹ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 190.

³² REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 60.

Para discorrer a respeito desse princípio, indispensavelmente abordamos breves pontos da história, passando por sua absoluta ausência, como no Direito Romano e Medieval, onde o indivíduo era tratado como se culpado fosse.

Com o passar do tempo e a partir das Grandes Revoluções como a Francesa e Americana, inúmeras mudanças começaram a acontecer, vindo o réu a ser tratado com mais dignidade e a ser considerado inocente até que fosse devidamente comprovado o contrário.

Neste contexto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, considerou que: “Toda pessoa acusada de um delito tem o direito de ser presumida inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa” (art. XI, 1).

Na Convenção Americana de Direitos Humanos encontra-se expresso:

Art. 8º.

(...)

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do júízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito de defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem declarar-se culpada; e
- h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior³³.

A Declaração Universal de Direitos Humanos em seu n. 1 do art. 11, também nos guia no sentido de que “Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no seu art. 9º, rege que ‘todo o acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei’.

³³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. San José, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 1 nov 2021.

Nesse sentido, Vilela registra que:

De acordo com o princípio de presunção de inocência ninguém pode ser perseguido a não ser nos casos e de acordo com a forma prevista na lei; ninguém poderá ser julgado sem que tenha sido devidamente citado e chamado; enquanto o imputado não seja declarado culpado por uma decisão com força de caso julgado considera-se inocente; o acusado tem o direito de apresentar a sua defesa livremente, e de discutir os elementos de prova contra si reunidos; a prova incumbe à parte que acusa e em matéria de repressão deve ser usada contenção e, por último, a dúvida beneficia o acusado.³⁴

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 promulgado pelo Decreto n.º 592, de 06 de julho de 1992³⁵ preceitua em seu art.14, item 2, que “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”, e as regras mínimas da Organização das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude também conhecidas como as Regras de Beijing referente aos direitos dos jovens em seu item 7.1 estabelecem que:

7 - DIREITOS DOS JOVENS 7.1 Respeitar-se-ão as garantias processuais básicas em todas as etapas do processo, como a presunção de inocência, o direito de ser informado das acusações, o direito de não responder, o direito à assistência judiciária, o direito à presença dos pais ou tutores, o direito à confrontação com testemunhas e a interrogá-las e o direito de apelação ante uma autoridade superior.³⁶

As Regras mínimas para a proteção dos jovens privados de liberdade da Organização das Nações Unidas, inciso III, item 17 e 18, orientam no sentido de que:

III. JOVENS DETIDOS OU EM PRISÃO PREVENTIVA

17. Supõem-se inocentes os jovens detidos sob detenção provisória ou em espera de julgamento ("prisão preventiva") e deverão ser tratados como tais. Na medida do possível, deverá ser evitada, e limitada a circunstâncias excepcionais, a detenção antes da celebração do julgamento. Como consequência, deverá ser feito todo o possível para aplicar medidas substitutivas. Quando, apesar disso, recorrer-se à detenção preventiva, os tribunais de jovens e os órgãos de investigação deverão dar máxima prioridade ao mais rápido andamento possível do trâmite desses casos, para que a detenção seja a menor possível. De todas as maneiras, os jovens detidos ou em espera de julgamento deverão estar separados dos declarados culpados.

18. As condições de detenção de um jovem que não tenha sido julgado deverão ser ajustadas às seguintes Regras e a outras disposições concretas que sejam necessárias e apropriadas, dadas as exigências da presunção de inocência, da duração da detenção e da condição e circunstâncias jurídicas dos jovens. Entre essas disposições, figurarão as seguintes, sem que esta enumeração tenha caráter limitativo:

³⁴ VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 60.

³⁵ BRASIL. Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 1 nov. 2021.

³⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude Regra de Beijing**. 1985. Disponível em: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/Regras-M%C3%ADnimas-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-para-a-Administra%C3%A7%C3%A3o-daJusti%C3%A7a-da-Inf%C3%A2ncia-e-da-Juventude-Regra-de-Beijing.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2021.

- a) Os jovens terão direito à assessoria jurídica e poderão solicitar assistência jurídica gratuita, quando existente, e se comunicar com seus assessores jurídicos. Nessa comunicação, deverá ser respeitada a intimidade e seu caráter confidencial.
- b) Deverá ter dada aos jovens a oportunidade de efetuar um trabalho remunerado e de continuar estudos ou capacitação, mas não serão obrigados a isso. Em nenhum caso será mantida a detenção por razões de trabalho, estudos ou capacitação.
- c) Os jovens estarão autorizados a receber e conservar materiais de entretenimento e recreio que sejam compatíveis com os interesses da administração da justiça.³⁷

No mesmo sentido, o Pacto de San José da Costa Rica (1969) enunciou em seu art. 8º, 2, que: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma a sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.³⁸

Trata-se de um dos princípios mais relevantes e democráticos do processo penal, positivado no art. 283 do Código de Processo Penal Brasileiro.³⁹

Do artigo supramencionado, decorre o ônus probatório exclusivo da acusação quanto aos fatos atribuídos ao réu. Dessa forma, até que seja devidamente comprovadas a autoria e a materialidade do crime, o acusado deve ser tratado como inocente.

O princípio da presunção de inocência envolve uma consciência absoluta, no que diz respeito ao valor da pessoa humana e a importância de sua efetiva proteção, como já visto, ante a posição assumida nos diversos ordenamentos jurídicos e nos tratados de direitos humanos.

A rigor, o dispositivo constitucional não fala em “presunção de inocência”, mas em “não culpabilidade”, o que suscita discussão doutrinária com vistas a definir o real alcance da garantia em questão.

Salienta-se que não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, pois as expressões ‘inocente’ e ‘não culpável’ constituem somente variantes semânticas de igual conteúdo e significado.

³⁷ DIREITOS HUMANOS NET. **Regras mínimas das nações unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade.** [S.l.:s.n.], [20--?]. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex46.htm. Acesso em: 1 nov. 2021.

³⁸ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 1 nov. 2021.

³⁹ **Art. 283.** Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.

Nesse passo, afirma Ferrajoli: “trata-se de um princípio fundamental de civilidade, ‘o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado’”.⁴⁰

Moura, por sua vez, enfatiza que a episteme da presunção da inocência está vinculada a uma antecipação de juízo da culpabilidade, precedendo a produção probatória:

Etimologicamente, presunção (do latim *praesumptio, onis*, do verbo *praesumere*) tem significado de tomar antes; ideia antecipada, previsão, conjectura, opinião, crença, prejuízo, suposição de uma coisa como certa, sem que esteja provada. De acordo com sua acepção literal, presunção equivale, pois, a pressuposto, preconcebido, juízo antecipado. Em sentido vulgar, a palavra é empregada em diferentes sentidos: corresponde a ação ou efeito de presumir; suspeita, suposição, desconfiança; conjectura, opinião ou juízo baseado nas aparências; vaidade, afetação, arrogância, orgulho, jactância de si mesmo. Sob o aspecto jurídico, a presunção vem, em geral, definida nos dicionários como consequência ou ilação que a lei ou o juiz deduz de um fato conhecido, para firmar um fato desconhecido.⁴¹

Trata-se, portanto, de concluir que a base do processo penal funda-se no substrato de que toda a pessoa acusada de um delito tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade seja devidamente comprovada.

Como bem pondera Carvalho: o “Princípio da Presunção de Inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é ‘pressuposto’ – para seguir Eros – nesse momento histórico, da condição humana”.⁴²

Cesare Beccaria, em sua célebre obra *Dos delitos e das penas*, já advertia que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”.⁴³

Entendendo que o indivíduo é constitucionalmente presumido inocente, cabe ao Estado comprovar a sua culpa, dentro dos parâmetros legais de um processo penal justo e, em observância, ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a condenação.⁴⁴

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistemas de garantias. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades (org.). **O novo direito e política**. Porto Alegre: Editora do Advogado, 1997. p. 441.

⁴¹ ASSIS MOURA, Maria Tereza Rocha de. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 47.

⁴² CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)? In: WUNDERLICH, Alexandre (coord.). **Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001. p. 51.

⁴³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Pillares, 2013. p. 47-48.

⁴⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal: a bricolagem de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

O presente princípio é a garantia a todos os indivíduos que somente serão acusados por base de um processo penal justo, livre de arbitrariedades ou viés condenatório.

Tais enunciados demonstram veemente o quanto que o presente princípio é reconhecido pela doutrina como um dos princípios mais importantes e reitores, ante sua posição assumida nos diversos ordenamentos jurídicos e tratados de direitos humanos.

Sobre sua funcionalidade e serventia, o princípio da presunção da inocência trará como consequência duas regras que constituirão verdadeiros ditames garantidores de eficácia de um processo penal democrático: uma regra de dever de tratamento e uma regra de caráter probatório.

Quanto a regra do dever de *tratamento* é a garantia de que os acusados/investigados sejam tratados com dignidade e como sujeitos de direitos, tanto no âmbito interno como externo do processo. O princípio da presunção da inocência visa a proteção ao indivíduo quando este ingressa no âmbito processual penal, ou seja, seu direito de defesa não pode ser restringido, sua dignidade deve ser respeitada e o acusado deve ser tratado como inocente, até que eventual sentença penal condenatória transitada em julgado surta efeito. Numa dimensão externa, o princípio da presunção de inocência deve agir como verdadeiro limite democrático à abusiva exploração da mídia, impondo limites ao poder estatal, à publicidade abusiva e estigmatizada do réu. Ainda, repudia-se veemente ao uso desnecessário de algemas, conforme súmula nº 11 do STF.⁴⁵

Nesse sentido, Aury explica:

A presunção de inocência, enquanto princípio reitor do processo penal, deve ser maximizada em todas as suas nuances, mas especialmente no que se refere à carga da prova (*regla del juicio*) e às regras de tratamento do imputado (limites à publicidade abusiva – estigmatização do imputado- e à limitação do (ab) uso das prisões cautelares).⁴⁶

Quanto a regra *probatória*, no processo penal não existe ‘distribuição de cargas probatórias’, uma vez que o ônus probatório é de exclusiva responsabilidade da acusação.

Assim como consequência e efeito do princípio da presunção de inocência, não cabe ao imputado ter que provar seu estado de inocência. A inocência é o “estado natural” do indivíduo e compete ao órgão acusador demonstrar o contrário. Humberto Nogueira Alcalá esclarece que:

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 11. Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade do Estado.

⁴⁶ LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 220.

El principio de presunción de inocência como parte integrante del derecho a una investigación y procedimiento justo y racional o um debido proceso establece la obligación de conformar el sistema jurídico en el sentido de que es el órgano acusador el que deve acreditar los cargos, impidiendo la inversión de la carga de la prueba o estableciendo la prueba de hechos negativos, em otras palabras, no existe com carga del imputado probar su inocência o la ausencia de participación en los hechos (...) Así em âmbito procesal, el derecho a la presunción de inocencia significa una presunción *iuris tantum*, la que exige ser desvirtuada ante los órganos jurisdiccionales a través de la actividad probatoria. Así toda condena deve ir precedida de la actividad probatoria que regula el ordenamiento jurídico, impidiendo siempre la existencia de una condena sin pruebas, aplicándose auxiliariamente el *principio in dubio pro reo* (...).⁴⁷

O princípio da presunção de inocência incide no ônus da prova no processo penal, pois cabe à acusação a comprovação de materialidade do crime, assim como sua autoria. A defesa não precisa produzir provas para demonstrar a veracidade de sua argumentação, tendo o acusado o direito de não colaborar com a produção de provas, até porque a Constituição (artigo 5º, inciso XLII) lhe assegura o direito ao silêncio.

Nesse sentido, Zanoide de Moraes afirma que “a presunção de inocência como norma probatória ‘exige que o material probatório necessário para afastá-la seja produzido pelo órgão acusador de modo lícito e tenha conteúdo para incriminador’”.⁴⁸

Por fim, ainda ressaltamos uma dimensão que diz respeito a *norma de julgamento* onde se busca a existência de prova suficiente para um decreto condenatório. Como podemos observar do que fora dito, cabe ao Estado e a sociedade, o dever de implementar medidas que proporcione ao investigado/acusado ser tratado como inocente até que ocorra o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória, sendo dever do Estado e de todos os concidadãos, garantir que o acusado seja tratado como inocente durante toda a persecução penal, incluindo a fase investigativa e a fase processual, até a decisão condenatória definitiva, visto o seu estado de inocência.

Ou seja, o princípio da presunção de inocência consiste em que um indivíduo só poderá ser considerado culpado e como tal tratado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, conforme disposto no art. 5º, LVII da Constituição da República.

Sobre o tema, quanto à norma de julgamento, em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 126.292/SP, interpretou o texto constitucional, ao entender ser possível que a exigência de o réu se recolher à prisão, em razão de decisão condenatória de

⁴⁷ ALCALÁ, HUMBERTO NOGUEIRA. **Consideraciones sobre el derecho a la presunción de inocência.** Revista Itus et Práxis. vol. 11, núm. 1, p.227.

⁴⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro:** análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Tese (Livre-docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008. cap. 4. p. 483.

segunda instância, havendo compatibilidade com o modelo constitucional. Da leitura do voto do Ministro Relator Teori Zavascki, extrai-se que a inocência do acusado tem fim no juízo de culpabilidade realizado pelas instâncias ordinárias, eis que os recursos de natureza extraordinária para o STF e para o STJ, no ordenamento jurídico brasileiro, não se prestam ao reexame de fatos e prova.

Vale lembrar, que para a decisão supra, foi levado em consideração o risco à efetividade do direito penal e à busca pela repressão à criminalidade por parte da sociedade que enxerga o comportamento recursal como procrastinatório. O alto índice de prescrição e a demora no cumprimento de pena gera sensação de impunidade.

Ocorre que em 2019, o mesmo assunto chegou novamente ao Supremo Tribunal Federal, porém, o resultado da votação apresentou caminho diferente, em desfavor da prisão em segunda instância.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal:

A Turma, por maioria, reconsiderou a decisão embargada, determinou a revogação da prisão decretada para fins de execução provisória da pena, e julgou prejudicados os embargos de declaração, o agravo regimental e a petição de número STF 72.175/2019, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Alexandre de Moraes. Primeira Turma, Sessão Virtual de 28.2.2020 a 5.3.2020. Composição: Ministros Rosa Weber (Presidente), Marco Aurélio, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.⁴⁹

Ou seja, a maioria dos ministros entendeu que, segundo a Constituição, ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado (fase em que não cabe mais recurso) e que a execução provisória da pena fere o princípio da presunção de inocência.

Nesse sentido, o entendimento de Eugênio Pacelli:

O princípio da presunção de inocência, revela-se estrutural e busca dar concretude jurídica ao estado de inocência, entendido como 'posição do sujeito diante das normas

⁴⁹ Embargos de declaração no agravo regimental no *habeas corpus*. Penal e processual penal. Crime de estupro de vulnerável. Artigo 217-a do código penal. Inexistência de obscuridade, contradição ou omissão. Ausência de vício apto a ensejar qualquer das hipóteses de cabimento dos embargos de declaração. Pretensão de rediscutir matéria já decidida. Efeitos infringentes. Impossibilidade. Embargos declaratórios prejudicados. Execução provisória superveniente à condenação em segunda instância e antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Necessidade de observância do entendimento firmado pelo supremo tribunal federal no exame das ações diretas de constitucionalidade 43, 44 e 54. (...) 4. A **execução da pena antes do trânsito em julgado** da decisão condenatória é incompatível com o artigo 283 do Código de Processo Penal, resguardada a competência de as instâncias ordinárias reconhecerem a necessidade de constrição cautelar da liberdade do condenado e determinar a prisão provisória, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Precedente: ADC 43, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 7/11/2019. 5. Reconsidero a decisão embargada, em conformidade com o entendimento firmado por este Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto das Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54, com determinação de revogação da prisão decretada para fins de **execução provisória da pena**, salvo se existente outro fundamento para a segregação do paciente ou se presentes fundamentos concretos de prisão preventiva, nos termos do artigo 312 do CPP. 6. Embargos de declaração prejudicados, bem como o agravo regimental interposto e a petição STF 72.175/2019.

da ordenação, resultando também direitos subjetivos públicos a serem exercidos em face do Estado, que haverá de justificar sempre ou em lei ou/e motivadamente - quando judicial a decisão - quaisquer restrições àqueles direitos.⁵⁰

Assim, o princípio da presunção da inocência deve estar em consonância com os preceitos constitucionais e não cabe à Suprema Corte considerar, como fundamento de decidir, o “clamor popular” e, com isso, restringir o alcance de um direito fundamental em sua plenitude. O desejo social por punição célere e para ver os criminosos, de sobremaneira os agentes políticos acusados de corrupção, atrás das grades, pode servir como argumento político, mas jamais como fundamento jurídico válido de decidir em ação judicial.

Como forma de romper as amarras do modelo anterior a nossa Constituição Federal, o princípio da presunção de inocência se emoldurou como um direito fundamental e, com isso, fixou-se uma linha de proteção na dignidade da pessoa humana.

E nessa linha de pensamento, o presente princípio deve estar harmonizado com o dever de proteção e de segurança jurídica. Por tal razão, deve-se possibilitar ao acusado toda e qualquer garantia em direito admitidos, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, até que todas as vias recursais seja esgotadas.

Para Zanoide de Moraes, o princípio da presunção de inocência é assim entendido:

A presunção de inocência como norma de julgamento, exige a concretização do ‘in dubio pro reo’ e do ‘favor rei’, enquanto preceitos tradicionais da cultura jurídica, vinculados a valores humanitários de igualdade, respeito à dignidade da pessoa humana e liberdade, que devem ser os critérios axiológicos orientadores de toda e qualquer decisão judicial no âmbito criminal.⁵¹

Gomes Filho afirma que, “com a presunção de inocência ocorre a substituição do procedimento inquisitório e secreto, característico do *ancien régime* por um processo acusatório, público, oral e estruturado para assegurar a igualdade entre a acusação e a defesa”.⁵²

Neste contexto, é necessário frisar que a presunção de inocência está umbilicalmente interligada ao direito à tutela jurisdicional, com o objetivo de assegurar ao acusado que sua defesa seja feita através de um procedimento legal e ético, a fim de evitar o risco condenações injustas e diminuir as mazelas do sistema punitivo estatal.

⁵⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 174.

⁵¹ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Tese (Livre-docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008. cap. 4. p. 483.

⁵² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 11.

Daí se conclui que não se trata de punir menos, mas buscar punir da melhor forma, sob o amparo de parâmetros internacionais e constitucionais de proteção de direitos humanos, com olhos para a defesa da paz e dos direitos da dignidade da pessoa humana.

No que tange ao contexto probatório, o princípio da presunção de inocência está umbilicalmente ligado ao princípio *in dubio pro reo*, uma vez que a inocência deve ser compreendida como um status inerente ao acusado. Não havendo a certeza probatória, a absolvição se impõe.

Ferrajoli, neste sentido, afirma que “ao estar a inocência assistida pelo postulado de sua presunção, até prova em contrário, essa prova contrária deve aportá-la quem nega sua existência, ao formular a acusação”.⁵³

Para Lopes Júnior, o princípio da presunção de inocência suscita um dever de tratamento interno e externo. Para o autor, na dimensão externa, o demandado deve ser tratado pelo magistrado e pelo órgão ministerial como inocente. Já na interna, a publicidade e a divulgação dos atos deve ser comedida, de maneira que se evite ao máximo a estigmatização do acusado.

⁵⁴

A doutrina, por sua vez, entende a presunção de inocência como fundamento para a não incriminação, pois impediria que o agente fosse obrigado a produzir provas contra si mesmo, não podendo se tornar objeto de prova e, com isso, impedir que a recusa do acusado em se submeter à prova que exija sua participação seja valorada contra si.

Nesse sentido, Sanchez:

A definição funcional da presunção de inocência instaura um estado de incerteza relativamente aos fatos a exigir que o conjunto probatório esteja apto a fundamentar uma convicção segura, baseada em conhecimento correto e preciso, que afaste a dúvida a respeito da responsabilidade penal imputada aos acusados da prática de uma infração penal.⁵⁵

Outrossim, medidas coercitivas podem ser adotadas contra o demandado em caráter cautelar, devidamente subsidiadas de provas que sejam aptas a fundamentar o pedido e este for extremamente necessário, de modo que não ultrapasse os limites legais, para que o referido princípio não seja violado.

2.2 PRINCÍPIO DO ‘*NEMO TENETUR SE DETEGERE*’

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: teoría del garantismo penal. 2. ed. Madrid, Trotta, 1997. p. 610.

⁵⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 548-549.

⁵⁵ SANCHEZ-VERA GOMES-TRELLES, Javier. **Variaciones sobre la presunción de inocencia**: análisis funcional desde el Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 35.

A expressão *nemo tenetur se detegere* significa literalmente que ninguém é obrigado, quando acusado, a contribuir para a produção de prova em seu prejuízo. Em essência, o direito de não produzir prova contra si mesmo, mas que ao longo dos anos prosseguiu com vários outros significados.

Nemo tenetur se detegere é uma expressão latina utilizada para se referir ao princípio da não autoincriminação. Seu significado literal é “ninguém é obrigado a se descobrir”.⁵⁶ A máxima também pode ser referida como “nada a temer por se deter”, ou “o direito de não produzir prova contra si mesmo”.⁵⁷

O direito a não autoincriminação foi ignorado pelas civilizações clássicas e durante a Idade Média. Entretanto, teve gradativo reconhecimento e fortalecimento com o Iluminismo.

Porém, segundo Ferrajoli, existem referências antigas, inclusive citando Hobbes, em sua obra: *O Leviatã*: “Se um homem é interrogado pelo soberano ou por um oficial seu relativamente a um delito por ele cometido, ele não é obrigado a confessar sem asseguuração de perdão, pois ninguém pode ser obrigado por um pacto a acusar-se a si mesmo”.⁵⁸

O referido princípio tem por fito proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado. Na persecução penal, o devido resguardo está contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos. No processo penal, por sua vez, revela-se na necessidade de respeito aos direitos fundamentais do acusado e o interesse público.

O presente princípio reside em linhas gerais de que o acusado não é obrigado a produzir provas contra si mesmo e que deve ser entendido como um direito fundamental de forma a proteger os indivíduos das arbitrariedades estatais.⁵⁹

Queijo, por sua vez, afirma que “é inegável que o princípio *nemo tenetur se detegere* representa barreira à atividade investigatória e probatória ilimitada por parte do Estado”.⁶⁰

Para Callegari, Wermuth e Engelmann, o princípio *nemo tenetur se detegere* garante ao cidadão, além de não poder ser obrigado(a) a prestar qualquer tipo de informação, também

⁵⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 28.

⁵⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 615.

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 625.

⁵⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2014, p. 69.

⁶⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir provas contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 355.

coíbe a possibilidade de fornecer, direta ou indiretamente, qualquer tipo de prova que possa ensejar autoincriminação.⁶¹

Partindo da ideia de que o acusado não pode ser objeto de prova, tampouco ser exigida sua autoincriminação, o que faz com que as provas elementares à acusação devem ser obtidas sem qualquer cooperação do mesmo.⁶²

Assim, deve-se compreender o princípio *nemo tenetur se detegere* como um direito fundamental que gera proteção ao indivíduo contra abusos arbitrários por parte do Estado, inclusive para obstar que o acusado venha a ser submetido à coação e violência física ou moral para cooperar na instrução probatória.

Morais, defende que:

O mencionado princípio se classifica no rol dos direitos de primeira geração, ou seja, se refere aos direitos da liberdade, tornando o indivíduo titular do direito frente ao poder estatal, cuja finalidade básica é ‘o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais’.⁶³

Nos diplomas internacionais e na Idade Contemporânea, temos o princípio ‘*nemo tenetur se detegere*’ da seguinte forma:

A *um*, na Declaração dos Direitos Humanos, em 1948, que mesmo tendo declarado a presunção de inocência e a vedação do uso da tortura, não mencionou de forma clara o princípio ‘*nemo tenetur se detegere*’.

A *dois*, na Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, em 1969, reconheceu ‘*nemo tenetur se detegere*’, de forma mais ampla, como garantia mínima a toda pessoa acusada de um crime, nos termos do art. 8º, §2º, ‘g’ que leciona o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

A *três*, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1976, onde no art. 14, n.º 3, alínea ‘g’, dispõe que: ‘Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: (...): g. de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada’.

⁶¹ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi; ENGELMANN, Wilson. **DNA e investigação criminal no Brasil**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012. p. 82.

⁶² ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra Editora, 1991. p. 122.

⁶³ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 39.

E por fim, no nosso país, temos o princípio do *nemo tenetur se detegere* na Constituição Federal, art. 5º, inciso LXIII, que dispõe: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado (...)”.

Entretanto, a doutrina como a jurisprudência entendem que, mesmo a legislação constitucional referir-se ao preso, a garantia abrange toda e qualquer pessoa que venha a ser incriminada.

Sobre o tema, Gomes entende que o direito a não autoincriminação do demandado pode e deve ser encarado como uma extensão do direito fundamental à intimidade, de que são titulares todos os cidadãos. O reconhecimento do silêncio, de forma *lato sensu*, é uma garantia de sua liberdade moral e legítima.⁶⁴

Assim, embora a Constituição, no art. 5º, LXIII, fale em ‘preso’, a garantia deve ser entendida para toda e qualquer pessoa suspeita da prática de infração penal, não apenas àqueles que estão presos. Afinal, em se tratando de garantia individual, a aplicação do princípio da isonomia é corolário do próprio espírito da Carta Magna.⁶⁵

O referido princípio resguarda ao indivíduo a liberdade de cooperar ou não com os órgãos de investigação ou com a autoridade judiciária. Para exemplificar, diante da autoridade policial e do seu caráter inquisitorial, o direito ao silêncio e a assistência ao advogado, são direitos fundamentais que devem ser respeitados, tanto ao suspeito, ao investigado, como ao indiciado.

Sobre o direito ao silêncio, Queijo afirma que:

Muitas vezes, o *nemo tenetur* é associado apenas ao direito ao silêncio, o que é um equívoco, posto que o princípio trata de vedação à autoincriminação de forma mais ampla, podendo, então, assumir diversas decorrências no processo penal, como, por exemplo, em relação à produção de provas que dependam da cooperação do imputado.⁶⁶

O direito ao silêncio é previsto no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 5º, LXIII da Constituição, diz que: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”, como no art. 186 do Código de Processo Penal que dispõe:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

⁶⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O direito ao silêncio na prisão em flagrante. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, v. 836, p. 399, jun. 2005, p. 1.

⁶⁵ COUCEIRO, João Claudio. **A Garantia Constitucional do Direito ao Silêncio**. São Paulo: RT, 2004. p. 178/184.

⁶⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 66.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Entretanto, merece atenção os artigos 186 e 198, respectivamente, do Código de Processo Penal.

A Lei 10.792/2003, fundamentada no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conferiu nova redação ao art. 186 do Código de Processo Penal, de forma a encaixá-lo ao texto constitucional. Contudo, de maneira incompreensível, deixou de fora o art. 198 do Código de Processo Penal, que dispõe que apesar de o silêncio do acusado não importar confissão, poderá constituir elemento para formação de convencimento do juiz.

Sobre essa divergência, Queijo observa que:

Além de decorrência do *nemo tenetur se detegere*, o direito ao silêncio configura manifestação do direito à intimidade que, igualmente, é direito fundamental. Insere-se também entre as liberdades públicas, oponíveis ao Estado (...) tal silêncio, como decorrência do *nemo tenetur se detegere*, não é antinatural, positivo ou negativo. Não tem conotações valorativas. É direito do acusado no exercício da autodefesa. Pode apresentar-se também como estratégia defensiva, adotada segundo a orientação da defesa técnica. Como opção do acusado ou estratégia de defesa, deliberadamente escolhida, não comporta valorações. Insere-se na construção de um processo ético, de respeito à liberdade e dignidade do ser humano.⁶⁷

Outrossim, mesmo que muitos juristas entendam que se trata de uma construção doutrinária e jurisprudencial no sentido de forçar uma interpretação favorável ao imputado, sem preocupar-se com a sociedade, é preciso ressaltar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a auto-incriminação, especialmente aquela exposta a atos de persecução penal" (HC nº 96.219).⁶⁸

Considerando que o presente princípio é entendido como garantia constitucional, o direito de não produzir prova contra si mesmo se apresenta como norma imperativa e de rigorosa observância dentro da ordem jurídica, além de externar sua importância ímpar para o

⁶⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir provas contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 191-194.

⁶⁸ MIGALHAS. Ministro Celso de Mello afirma que prisão cautelar não tem função de punir o réu. **Informativo**, n. 5257. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/71025/ministro-celso-de-mello-afirma-que-prisao-cautelara-nao-tem-funcao-de-punir-o-reu>. Acesso em: 30 nov. 2021.

Estado Democrático de Direito, pois garante efetividade a outros direitos fundamentais, como a ampla defesa, a presunção de inocência e o direito à intimidade.

Acerca da importância desse princípio quanto à proteção da dignidade da pessoa humana e ao resguardo dos excessos estatais, Queijo complementa que:

“O princípio *nemo tenetur se detegere* tem sido considerado direito fundamental do cidadão e, mais especificamente, do acusado”. Ela defende este entendimento, afirmando que neste princípio, assim como nos demais direitos fundamentais, se intenta a proteção da dignidade humana, com o resguardo do indivíduo contra os excessos cometidos pelo Estado.⁶⁹

O direito de não produzir prova contra si mesmo, garante ao acusado de não ser compelido a produzir ou contribuir com a formação de prova contrária ao seu interesse, sustentando isso amparado na garantia fundamental do direito ao silêncio e do direito à não autoincriminação.

A garantia do *nemo tenetur se detegere* se insere no mesmo conjunto de direitos subjetivos e garantias do cidadão brasileiro de que são exemplos os direitos de intimidade, privacidade e a honra. A garantia contra a não autoincriminação tem como corolário a preservação do direito do investigado ou do réu de não ser compelido a condutas ativas que possam contribuir de maneira desfavorável a si próprio.

Na mesma linha Moraes esclarece que:

O importante é realçar que os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais.⁷⁰

O Supremo Tribunal Federal rechaçou qualquer ato por parte do poder estatal que configure ofensa aos direitos de quem sofre persecução penal, instaurada pelo Estado, em não ser obrigado, coagido ou forçado a produzir elementos de incriminação contra si próprio; em não ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e o direito de se recusar (ativa ou passivamente) de qualquer procedimento probatório que lhe possa afetar a esfera jurídica, de modo que não se autoincriminar é inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado que, por sua vez, são diametralmente proibidos de adotar medidas que afetem a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a persecução penal.

⁶⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 77.

⁷⁰ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 41.

Assim, não subsistem dúvidas de que a não autoincriminação é um direito fundamental de quem é investigado ou processado criminalmente, tendo por determinação a proteção do indivíduo na persecução penal em razão de sua nítida hipossuficiência quando comparado a todos os aparatos estatais, justamente para evitar excessos e resguardar qualquer violência de ordem física ou moral, especialmente nos casos cuja finalidade é obrigar o cidadão a contribuir com a investigação.

2.3 PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*

Para que haja uma sentença de cunho condenatório, deve haver a certeza de ter ocorrido um crime e de ser o réu seu autor.

A dúvida quanto à autoria dos fatos, por menor que seja, demonstra fragilidade da prova e esta deve ser decidida em favor da defesa, o que justifica o princípio *in dubio pro reo*, amparado constitucionalmente pela interpretação do art. 5º, LVII da CF, a partir da presunção da inocência nele contida.

Havendo a incerteza ou a indecisão entre admitir-se o direito de punir do Estado ou reconhecer-se o direito de liberdade do réu, deve-se privilegiar a situação deste último, por ser ele a parte hipossuficiente da relação jurídica estabelecida no Processo Penal.

Framarino Dei Malatesta salienta que “quando se tem presente, que a condenação não pode basear-se senão na certeza da culpabilidade, logo se vê que a credibilidade razoável – também mínima – da inocência, sendo destrutiva da certeza da culpabilidade, deve, necessariamente, conduzir à absolvição”.⁷¹

O *in dubio pro reo*, entende-se como um dos princípios mais importantes do processo penal, pois a condenação, em matéria criminal, deve sempre ser consequência de prova indubitosa.

Segundo Binder, o *in dubio pro reo* opera: “(...) como princípio retórico da construção da sentença como um todo, mas também serve para interpretar ou valorar algum elemento de prova”.⁷²

Juntamente com o Princípio da Presunção de Inocência, o presente princípio corrobora a atribuição da carga probatória ao acusador e reforça a regra do julgamento. A partir do momento em que o imputado é considerado inocente, não lhe compete provar nada.

⁷¹ FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. **A lógica das provas em matéria criminal**. 3. ed. Campinas: Brookseller, 1996, p. 67.

⁷² BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 89.

Assim, conforme expressa Aury Lopes:

É importante recordar que no processo penal, não há distribuição de cargas probatórias, senão atribuição ao acusador, ou seja, a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência.

(...) Ao lado da presunção da inocência, como critério pragmático de solução da incerteza (dúvida) judicial, o princípio do *in dubio pro reo* corrobora a atribuição da carga probatória ao acusador e reforça a regra de julgamento (não condenar o réu sem que a sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada).

A única certeza exigida pelo processo penal refere-se à prova da autoria e da materialidade, necessárias para que se prolate uma sentença condenatória. Do contrário, em não sendo alcançado esse grau de convencimento (e liberação de cargas), a absolvição é imperativa.⁷³

No entendimento de Silva “não se pode esquecer que ‘a presunção de inocência é identificada por muitos autores como o princípio *in dubio pro reo*, no sentido de que um *non liquet* na questão da prova tem que ser valorado a favor do arguido”.⁷⁴

O presente princípio pode ser considerado um dos mais importantes do processo penal.

Esse princípio exige do Julgador que diante de uma incerteza na avaliação da prova, sua decisão seja a favor da defesa.

Num processo penal justo, preocupado que os procedimentos empregados sejam adequados e em respeito às garantias processuais, temos a defesa com o seu direito e não o dever de responder as provas apresentadas. A acusação, por sua vez, com a responsabilidade de descobrir os fatos e buscar provas. O magistrado, na sua imparcialidade, com a tarefa de analisar tudo que consta nos autos, aceitando somente a acusação que estiver devidamente provada e excluindo as insuficientes.⁷⁵

Ou seja, exige-se certeza para ser prolatado um juízo condenatório no processo penal. Do contrário, em não sendo alcançado um grau de convencimento, a absolvição deve se impor.

Guarnieri afirma de forma categórica que “Incumbe a la acusación la prueba positiva, no sólo de los hechos que constituyan el delito, sino también de la inexistencia de los que le excluyan”.⁷⁶

A dúvida em favor do réu atua como garantia do ser humano, diante do poderoso arsenal acusatório, de que aquele não precisará, necessariamente, produzir prova em seu favor, pois é a acusação quem deve demonstrar a certeza de sua condenação.

⁷³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 413/414.

⁷⁴ SILVA, Germano Marques. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. Lisboa: Editora Verbo, 2008. v. 3. p. 99.

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: teoría del garantismo penal**. 2. ed. Madrid, Trotta, 1997. p. 152.

⁷⁶ GUARNIERI, José. **Las Partes em el Proceso Penal**. México, José M. Cajica, 1952. p. 305.

Assim, quando o magistrado, em análise do conjunto probatório, não construir seu convencimento de absolvição ou condenação, deve sobrepujar o entendimento que beneficie o acusado.

Nesse sentido, Antonio Fernandes:

A acusação normalmente está afeta a órgão oficial. Tem este todo o aparelhamento estatal montado para ampará-lo. O acusado tem de contar somente com as suas próprias forças e o auxílio de um advogado. Essa situação de desvantagem justifica tratamento diferenciado no processo penal entre acusação e defesa, em favor desta, e a consagração dos princípios do *in dubio pro reo* e do favor rei. Ademais, o direito em jogo no processo penal é a própria liberdade do indivíduo, só restringível por condenação quando o juiz adquira pleno convencimento de que ficaram inteiramente evidenciadas a prática do crime e a sua autoria. Por isso tudo, a Carta Magna não se limitou a assegurar ao acusado o exercício defesa, mas no art. 5º, LV, garantiu-lhe mais – a ampla defesa -, ou seja, defesa sem restrições, não sujeita a eventuais limitações impostas ao órgão acusatório.⁷⁷

Contudo, esse princípio não tem aplicação nas fases de oferecimento da denúncia e na prolação da decisão de pronúncia do Tribunal do Júri, nas quais prevalece o princípio do *in dubio pro societate*.

Nos termos do art. 413 do Código de Processo Penal, o juiz, fundamentalmente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou participação.

À vista disso, tanto a doutrina como a jurisprudência, de forma majoritária, consideram a pronúncia como mero juízo de admissibilidade da acusação, o que impede, dessa forma, um juízo de impronúncia ou absolvição sumária nesta etapa do procedimento.

Ou seja, os indícios que foram produzidos na fase policial, de forma parcial, com um certo odor inquisitorial e sem contraditório, somado aos elementos exurgidos no transcurso da primeira fase da instrução judicial, em caso de dúvida, autorizam a invocação do princípio *in dubio pro societate*. Tal premissa decorre da soberania do Tribunal do Júri, conferida constitucionalmente no artigo 5º, inciso XXXVIII.

Por outro lado, há corrente apregoando que a dúvida e a incerteza, em matéria de prova nos processos de competência do Tribunal do Júri, deveriam funcionar como dúvida a favor do acusado.

⁷⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. **O processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2010. p. 49.

Nesse sentido, Nassif afirma que: “a incerteza deveria, portanto, conduzir à impronúncia (dúvidas sobre a existência do fato e os indícios não sejam suficiente esclarecedores da autoria ou participação)”.⁷⁸

De maneira muito semelhante, posiciona-se Rangel, afirmando que o princípio *in dubio pro societate* não é incompatível com o estado democrático de direito, onde o órgão ministerial, sendo o fiscal da lei, defensor da ordem jurídica e dos direitos individuais, na dúvida deve preservar a dignidade da pessoa humana e não colocar um inocente no banco dos réus.⁷⁹

Nessa senda, a pronúncia deve atuar como mecanismo de segurança e limitador ao poder estatal, de forma a garantir que o acusado somente fosse submetido ao Tribunal Popular quando houvesse provas acerca da autoria e da materialidade da infração criminal.

E caso haja dúvidas acerca da existência do fato delituoso, pondera Badaró:

Assim, se houver dúvida sobre se há ou não prova da existência do crime, o acusado deve ser impronunciado. Já com relação à autoria, o requisito legal não exige a certeza, mas sim a probabilidade da autoria delitiva: deve haver indícios suficientes de autoria. É claro que o juiz não precisa ter certeza ou se convencer da autoria. Mas se estiver em dúvida sobre se estão ou não presentes os indícios suficientes de autoria, deverá impronunciar o acusado, por não ter sido atendido o requisito legal. Aplica-se, pois, na pronúncia, o *in dubio pro reo*.⁸⁰

Por fim, imperioso lembrar que as limitações à atividade persecutório-penal do Estado traduzem garantias constitucionais insuprimíveis que a ordem jurídica confere ao suspeito, ao indiciado e ao acusado, com o intuito de fazer prevalecer o seu estado de liberdade, em razão do direito fundamental, que assiste a qualquer um, de ser presumido inocente.

2.4 PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DA PROVA

O princípio da comunhão das provas determina que uma prova produzida passe a ser do processo, pouco importando se o responsável pelo requerimento ou determinação de sua produção tenha sido o autor, réu, ou mesmo o juiz de ofício.

Na verdade, até mesmo outros sujeitos processuais poderão ter requerido a produção de tal prova, como os terceiros intervenientes ou o agente ministerial como fiscal da lei, que, mesmo assim, a prova não será de Fulano, Beltrano, ou Cicrano, mas sim da demanda.

Quando da produção de uma prova nos autos, não se pode falar que essa prova pertence apenas a uma das partes, ela servirá para ambas as partes como para a autoridade judicial.

⁷⁸ NASSIF, Aramis. **O novo júri brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009. p. 67.

⁷⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002. p. 79.

⁸⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**: tomo II. Rio de Janeiro: Elsevier. 2007. p. 26.

Significa dizer que não se admite que a prova tenha uma identidade subjetiva, pouco importando quem tenha sido responsável por sua produção.

Sabe-se que no processo penal, a cada parte pertence o ônus da produção da sua respectiva prova, mas uma vez produzida a prova, haverá a comunhão desta, independentemente de qual dos litigantes a indicou ou a introduziu no processo.

Como bem ensinou o magistrado gaúcho Rui Portanova:

Sendo o fim da prova levar a certeza à mente do juiz, para que possa falar conforme a justiça, diz Echandia, há um interesse indubitável e manifesto em razão da função que desempenha no processo. É o princípio do interesse público na função da prova. É evidente, cada parte persegue, com suas próprias forças, um benefício próprio e imediato. Contudo, há de se considerar, ainda, o interesse público mediato que está acima dos benefícios específicos das partes. Em consequência, a prova nunca pertence a uma ou outra parte, mas ao juízo. Por igual, o benefício que se retira do elemento probatório não se vincula somente ao interesse da parte que produziu tal prova. É o princípio da comunhão ou comunidade da prova, também chamado da aquisição.⁸¹

A principal particularidade desse princípio diz respeito à prova produzida.

Uma vez tendo sido produzida a prova, pouco importando quem seja o responsável pela introdução de tal prova no processo, a mesma gerará efeitos para todos os sujeitos processuais indistintamente, inclusive para aqueles que nada tiverem a ver com a produção da prova.

O presente princípio tem como finalidade a verdade processual possível, através da reconstrução dos fatos e da possibilidade das partes poderem contribuir nesse processo através das provas constantes nos autos.⁸²

Uma vez trazido ao processo, as provas não mais pertencem à parte que as acostou, mas sim a demanda, podendo, dessa maneira, ser utilizada por qualquer das partes.

⁸¹ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 217. A respeito do tema, valiosa a lição de Hernando Devis Echandía, Teoría general de la prueba judicial, tomo I, 5ª ed., Bogotá Temis, 2002, p. 110: “Consecuencia de la unidad de la prueba es su comunidad; esto es, que ella no pertenece a quien la aporta y que es improcedente pretender que solo a este beneficiario, puesto que, una vez introducida legalmente al proceso, debe tenérsela en cuenta para determinar la existencia o inexistencia Del hecho a que se refiere, sea que resulte em beneficio de quien la adujo o de la parte contraria, que bien puede invocarla. Como el fin del proceso es La realización del derecho mediante la aplicación de la ley al caso concreto y como las pruebas constituyen los elementos utilizados por el juez para llegar a esse resultado, nada importa quién las haya pedido o aportado; desde el momento que ellas producen la convicción o certeza necesaria, la función del juez se limita a aplicar la norma reguladora de esa situación de hecho”. Com as mesmas considerações as lições de Victor de Santo, El proceso civil, tomo II, Buenos Aires, Universidad, 2000, pp. 257/258. Ainda Juan Montero Aroca, La prueba em el Proceso Civil, 3ª ed., Madri, Civitas, 2002, p. 83: “Aunque el principio tiene contenido general (si una parte interpone el recurso de apelación, este se tramitará para las dos), es em la prueba donde adquiere mayor sentido, significando que si um hecho ha sido probado, el juzgador tiene que partir de él em la sentencia, siendo indiferente qué parte lo haya probado. Dicho de outra maneira, todas las pruebas se incorporan al proceso, son del proceso em que producirán certeza, y tienen como destinatário al juez”.

⁸² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 386.

Outrossim, deve-se ressaltar o que dispõe o artigo 401, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal Brasileiro, dispõe que as partes poderão desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, sem exigir, para tanto, a aquiescência da parte contrária.⁸³

Ocorre que diante do princípio da comunhão de provas e, apesar da normatização supramencionada, quanto à prova testemunhal, a concordância da outra parte, acerca da desistência da prova oral, deveria sim ser levada a efeito, mas foi relativizada.

Acerca do tema, a Súmula Vinculante 14 dispõe que: *É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.*

Nesse mesmo debate, o ministro Celso de Mello, quando demonstrava a essencialidade do acesso à integralidade dos documentos, exaltava que a mencionada súmula permitiria, para além do que se suscitava, a efetivação do postulado Princípio da Comunhão da Prova: “eficácia projeta-se e incide sobre todos os dados informativos, que, concernentes à ‘informatio delicti’, compõem o acervo probatório coligido – e formalmente incorporado aos autos – pelas autoridades e agentes estatais.”⁸⁴

E isso significa dizer que a prova no processo penal não pertence a apenas uma única parte. Pertence ao processo, ao agente ministerial, as autoridades policiais, bem como à defesa.⁸⁵

Dito isso, o princípio da comunhão e compartilhamento das provas está para o processo, para somar, para a aplicação aos direitos e garantias individuais do acusado, para que, sendo possível, utilizar de toda a prova em nome de sua defesa, bem como para o Estado e a sociedade.

2.5 PRINCÍPIO DA ORALIDADE

O princípio da oralidade veio a sedimentar, tanto que possível, que as provas devem ser realizadas oralmente.

⁸³ JUSBRASIL. **Art. 401. Na instrução poderão ser inquiridas até 8 (oito) testemunhas arroladas pela acusação e 8 (oito) pela defesa.** § 2º A parte poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209 deste Código. [S.l.:s.n.], 2008.

⁸⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583755>. Acesso em: 1 nov. 2021.

⁸⁵ Ibid. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583755>. Acesso em: 1 nov. 2021.

A principal característica é de que mais prepondera a linguagem falada do que a escrita, em relação aos atos destinados a formar o convencimento do magistrado, com base no art. 204 do Código de Processo Penal Brasileiro, onde o depoimento das testemunhas é colhido oralmente, salvo casos excepcionais.⁸⁶

O princípio da oralidade tem por propósito que nos momentos mais relevantes da demanda, impere a linguagem falada e a oralidade, sem esquecer, todavia, de toda a documentação pertinente que faz parte da demanda. A sustentação oral permite a imediatez do magistrado com o conjunto probatório.

O referido princípio, na visão de Chiovenda:

O princípio da oralidade em sentido estrito é a utilização da palavra falada em juízo, estabelecendo que as deduções das partes, normalmente, devem fazer-se a viva voz em audiência, momento propício em que o juiz se assenta para ouvir as partes e dirigir a marcha da causa.⁸⁷

Por isso, é falacioso achar que o somente o processo escrito pode trazer segurança na valoração e na análise da prova para a convicção do magistrado.

O emprego da oralidade no processo penal proporciona inúmeras vantagens ligadas aos princípios da simplicidade, da economia processual e da celeridade, fazendo com que o magistrado esteja mais próximo de seu objeto de investigação, que é a reconstrução histórica do fato probando, podendo dessa forma, assegurar uma decisão mais justa.

Outrossim, propiciar um ambiente favorável ao diálogo, exigindo a presença das partes no momento da instrução processual, o procedimento oral fomenta a efetividade do contraditório, elemento central de um processo penal democrático.

Ainda, a oralidade, como já dito, remete à celeridade, de forma a garantir o princípio constitucional do razoável duração processual, assegurado nos termos do art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal.⁸⁸

⁸⁶ MEDEIROS, Flávio Meirelles. **Código de Processo Penal Comentado**: Art. 204. O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito. Parágrafo único. Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos. [S.l.:s.n.], 2020. Disponível em: <https://flaviomeirellesmedeiros.com.br/artigo-204o-cpp/>. Acesso em: 1 nov. 2021.

⁸⁷ CHIOVENDA, Guisepe. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1945. v. 3. p. 75.

⁸⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (2008)**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **LXXVIII** - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Nesse sentido, Badaró afirma que: “o direito de ser julgado num prazo razoável integra uma das mais importantes conquistas do processo penal garantida pela predominância da oralidade”.⁸⁹

No mesmo plano, a Convenção Americana de Direitos Humanos⁹⁰ assegura como garantia judicial, no art. 8, que: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável (...)” tendo também como garantia mínima a: “concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa”.

Somado a tudo isso, temos o artigo 403 e artigo 411, ambos do Código de Processo Penal Brasileiro, que fundam a oralidade como regra.⁹¹

A rigor, as provas devem ser produzidas em apenas uma só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Entretanto, há situações em que a audiência poderá ser cindida, tal como ocorre quando uma testemunha não comparece, por exemplo, apesar de regularmente intimada para o ato.

Assim, nos termos disposto nos §§ 7º e 8º do art. 411, “nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível à prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer”, e “a testemunha que comparecer será inquirida, independentemente da suspensão da audiência, observada em qualquer caso a ordem estabelecida no ‘caput’ deste artigo.

O princípio da oralidade torna igualitária a prova penal e despoja a ideia equivocada de consagrar apenas a prova escrita como o único meio possível de desvendar a realidade dos fatos.

A oralidade permite a discussão e o debate, imprescindível para uma análise profunda dos fatos e para sanar quaisquer dúvidas.

⁸⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁹⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. San José, 1969. Disponível em:

https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 1 nov 2021.

⁹¹ **Art. 403.** Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença. **§ 1º** Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual. **§ 2º** Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação desse, serão concedidos 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa. **§ 3º** O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença.

Art. 411. Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se o debate. (...) **§ 7º** Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível à prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer. 1941.

Nesse sentido, acerca do princípio da oralidade, Marques afirma que:

(...) Tem-se que a oralidade democratiza a gestão da informação no processo penal, ao selar o destino da investigação secreta e desmitificar a escrita como único meio de transmissão do conhecimento, desvelando, por fim, a trágica separação entre instrução e julgamento. O julgamento oral e contínuo permite que as partes introduzam informações relevantes no debate em contraditório. Esse debate, fundamental para a problematização do raciocínio jurídico, cria condições para que o juiz pense as múltiplas possibilidades do Direito e busque, em conjunto com as partes, a resposta adequada ao caso concreto. O importante é que o provimento jurisdicional se referencie na argumentação das partes. Em detrimento de uma decisão soberana e unilateral, a oralidade possibilita a construção de uma decisão igualmente soberana, mas democrática, porque resultante da análise dos pontos de vista contrários. Por conseguinte, a compreensão unitária do juiz sobre um determinado caso cede lugar a uma visão compartilhada, plural, e abrangente, que se aproxima bem mais da intrincada realidade da sociedade moderna.⁹²

Sobre isso, Luppetti Batista destaca que “a oralidade é vista como o meio que permite ao juiz não só ouvir, mas especialmente ‘sentir’ as partes e as testemunhas e, por consequência, avaliar melhor as provas diante dele produzidas e formar, com mais clareza e precisão, o seu convencimento.”⁹³

Assim, pelo exposto, entende-se que a oralidade proporciona igualdade entre as partes, para que o magistrado deixe de lado seu pensamento individual e analise o caso concreto de forma simultânea e compartilhada.

2.5.1 Princípio da Oralidade e Pandemia

Em razão da pandemia causada pelo coronavírus, todas as esferas da sociedade e os setores da sua economia foram afetadas. O Judiciário brasileiro, como não poderia deixar de ser, também precisou se reformular, se readaptar e apresentar mudanças significativas em seu funcionamento e gestão.

Todas essas mudanças, embora necessárias diante da maior crise sanitária que enfrentamos, impactaram diretamente a vida de servidores, magistrados, advogados e, sobretudo, jurisdicionados.

Nesse contexto, o Conselho Nacional de Justiça aprovou uma resolução permitindo e fixando critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência em processos penais e de execução penal durante a pandemia da Covid-19. O objetivo da

⁹² MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O Princípio da oralidade e a descentralização da informação relevante no processo penal. Porto Alegre: Síntese, **Revista de Estudos Criminais**, n. 46. p. 169. 2012.

⁹³ BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Os rituais judiciários e o princípio da oralidade**. Construção da verdade no processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 75.

Resolução nº 329/2020⁹⁴, nos termos de seu art. 3º, seria dar continuidade à prestação jurisdicional, condicionando a realização de atos *telepresenciais* à decisão fundamentada do magistrado.

Entretanto, audiências de instrução e julgamento virtuais causam restrições significativas às referidas garantias do procedimento probatório, especialmente quando consideramos a imediação, que pode ser interpretada como a interação comunicativa contínua entre juiz, partes e testemunhas, para que o julgador tenha conhecimento sobre as alegações das partes e as provas orais.

O princípio do devido processo legal é a base sobre a qual os demais princípios e regras processuais se sustentam, sendo um meio indispensável para a realização dos direitos fundamentais no âmbito processual. O devido processo legal, em seu aspecto processual, portanto, é a garantia de um procedimento justo e adequado.

Acerca do tema, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça⁹⁵ entendeu que, no âmbito de processos penais e de execução penal, a realização de sessões de julgamento, audiências e perícias por sistema audiovisual durante a pandemia de Covid-19 não configura cerceamento de defesa. Para o colegiado, o contexto atual de crise sanitária autoriza a adoção da medida excepcional.

⁹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 329, de 30 de julho de 2020**. Brasília, DF, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Resolucao329_2020-30072020.pdf. Acesso em: 1 nov. 2021.

⁹⁵ Ementa Habeas Corpus. Roubo circunstanciado. Audiência de instrução e julgamento por videoconferência. Alegação de cerceamento de defesa. Não ocorrência. Excepcionalidade da situação. Calamidade pública. Pandemia de covid-19. Resolução n. 329/2020 do cnj. Necessidade de observância. 1. A conjuntura atual de crise sanitária mundial é excepcionalíssima e autoriza, no âmbito de processos penais e de execução penal, a realização de atos (por exemplo, sessões de julgamento, audiências e perícias) por sistema áudio visual sem que isso configure cerceamento de defesa. 2. O Conselho Nacional de Justiça e os órgãos judiciais nas diversas unidades da Federação e comarcas do País colocaram em ação inúmeras boas práticas no segmento tecnológico, que têm assegurado a milhões de brasileiros o acesso aos serviços prestados pelo Judiciário, entre as quais, uma plataforma emergencial para realização de atos processuais por meio de videoconferência. 3. Para evitar que haja máculas aos princípios constitucionais relacionados à garantia de ampla defesa, Magistrados e Tribunais devem observar os parâmetros dados pelo Conselho Nacional de Justiça na Resolução n. 329, de 30/7/2020. 4. No caso, embora a regra geral – que deve sempre prevalecer – seja de que as audiências devem ser presenciais e o réu deve ser interrogado pessoalmente pelo Juiz, o contexto atual justifica a realização desses atos por videoconferência. A audiência de instrução e julgamento virtual deve ocorrer em tempo real, permitindo a interação entre o magistrado, as partes e os demais participantes, bem como devem ser adotadas todas as providências para buscar a máxima equivalência com o ato realizado presencialmente, respeitando a garantia da ampla defesa e o contraditório, a igualdade na relação processual, a efetiva participação do réu na integralidade da audiência e a segurança da informação e da conexão. 5. Ordem denegada. Liminar sem efeito. Recomendação ao Juízo expedida, em atenção ao parecer do Ministério Público Federal, para que, na impossibilidade de retomada das audiências presenciais pela situação epidemiológica da comarca, redesigne audiência por videoconferência, com observância das medidas previstas na Resolução n. 329/2020, do CNJ (fl. 413).

De mais a mais, é preciso viabilizar a continuidade da prestação jurisdicional e, ao mesmo tempo, garantir a preservação da saúde de magistrados, Ministério Público, agentes públicos, advogados, além de usuários do sistema de justiça em geral.

Nesse período de pandemia causada pela Covid-19, que se exige o isolamento social e, conseqüentemente, as restrições de locomoção, persiste a necessidade da prática de atos processuais em processos penais e de execução penal que implicam interação entre Juízes e demais atores do Sistema de Justiça, desde as sessões de julgamento, até audiências e perícias.

Por isso, diante da conjuntura atual de crise sanitária mundial e, como exceção, se autoriza, no âmbito de processos penais e de execução penal, a realização de determinados atos por sistema audiovisual sem que isso configure cerceamento de defesa. Para que não haja desrespeito aos princípios constitucionais relacionados à garantia de ampla defesa, de modo geral, deve prevalecer que as audiências sejam presenciais e o réu deve ser interrogado pessoalmente pelo Juiz, o contexto atual justifica a realização desses atos por videoconferência.

No caso de audiência de instrução e julgamento de forma EAD/virtual, esta deve ocorrer em tempo real, permitindo a interação entre o magistrado, as partes e os demais participantes, bem como devem ser adotadas todas as providências para buscar a máxima equivalência com o ato realizado presencialmente, respeitando a garantia da ampla defesa e o contraditório, a igualdade na relação processual, a efetiva participação do réu na integralidade da audiência e a segurança da informação e da conexão.

Outrossim, não apenas em razão da pandemia, mas de racionalização dos gastos públicos e de uma administração pública eficiente, se impõe uma nova mentalidade também ao juiz na condução da demanda. É necessário que o Poder Judiciário reconheça, estimule e valide a atuação gestora do juiz no processo na adaptação do procedimento para facilitar o acesso à justiça e o direito de defesa, especialmente na flexibilização do rito com a dispensa de audiências desnecessárias.

Por tudo, para muitas destas perguntas, ainda não há resposta definitiva, merecendo uma reflexão a matéria, enquanto permanecer a necessidade de realização de atos judiciais por videoconferência em razão da pandemia.

Necessário que sempre sejam plenamente asseguradas as garantias constitucionais que permeiam o processo penal. E, a viabilização de atos de forma virtual, é medida excepcionalíssima, que deve perdurar tão somente enquanto absolutamente necessário.

2.6 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE UTILIZAR PROVAS ILÍCITAS

Está previsto no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, ao dispor que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Em outros termos, pode-se afirmar que os meios de provas produzidos com violação direta à constituição, a partir do momento em que reconhecida a sua ilicitude, não possuem eficácia probatória.

A partir do enunciado constitucional, pode-se extrair que o direito brasileiro adota o princípio da ilicitude absoluta, no qual a declaração de ilicitude contamina não apenas as provas diretamente obtidas por meio ilícito, como também as derivadas.

Esse entendimento parte de um pressuposto ético das partes. Ou seja, o conjunto probatório não deve ser colhido a qualquer preço, devendo haver um respeito aos limites coerentes à preservação do Estado Democrático de Direito. A verdade processual penal, da mesma forma, não tem valor absoluto, é aproximado, relativo, devendo-se preservar a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais com toda a prioridade.

Embora abundante, a iniciativa probatória não é ilimitada. A vedação constitucional das provas ilícitas, prestigia direitos e garantias fundamentais, de modo a assegurar o livre arbítrio do acusado em relação à iniciativa probatória (CF, art. 5º, inciso II); vedar a prova obtida mediante tortura, tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, inciso III); prestigiar a proteção do direito à intimidade, à vida privada e à imagem das pessoas (CF, art. 5º, inciso X), bem como a inviolabilidade de domicílio (CF, art. 5º, inciso XI).

Sempre no contexto de direitos e garantias individuais e na busca de um processo democrático, justo e legal, deve-se respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, que constitui fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, inciso III).

Somado a isso, temos o artigo 157, ‘caput’, do Código de Processo Penal, que diz que são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Dois são os fundamentos jurídicos para que se reconheça a ilicitude da prova: a violação de normas constitucionais e a violação de normas infraconstitucionais.

Haverá prova ilícita por violação de norma constitucional, por exemplo, quando for produzida em desrespeito ao art. 5º, inciso XI, da CF, onde se lê que a casa é asilo inviolável do indivíduo, nela ninguém pode penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Também é considerada ilícita a prova produzida em desconformidade com as normas infraconstitucionais, tal como ocorre, por exemplo, na situação em que o laudo pericial é

realizado por um único perito não oficial ou na confissão de autoria delitiva obtida mediante tortura, por exemplo. Ainda, é ilícita a prova que, embora admitida no ordenamento, foi produzida com desconsideração às regras que a informam.

Por tudo o exposto, o direito de produzir prova é considerado um direito fundamental. Conquanto, a não observância de determinadas normas de direito fará daquela prova uma ameaça ao próprio Direito.

Nesse sentido, Didier Jr.:

A experiência já indicava não ser aconselhável a ampla liberdade na produção de provas: a) porque não se fundam em bases científicas suficientemente sólidas; b) porque podem dar ensejo a manipulações ou fraudes; c) porque ofenderiam a própria dignidade de que lhes ficasse sujeito, representando constrangimento pessoal inadmissível (tortura, detetores de mentiras etc.⁹⁶

Entretanto, o legislador, no Código de Processo Penal, após a reforma pela Lei 11.690/08, iniciou algumas modificações. Com base no seu art. 157, *caput*, são inadmissíveis as provas ilícitas; depois, considera também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas no art. 157, §1º, do mesmo diploma; logo abre uma exceção, quando define que não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma forma independente das primeiras, mantém-se a higidez da prova inicialmente considerada ilícita.

Como podemos observar, esta exceção relativiza a proibição das provas ilícitas, o que fomenta questionamento acerca de sua constitucionalidade, haja vista a literalidade constitucional acerca do tema.

Sobre isso, Bedê afirma que:

A questão da (i)licitude da prova produzida no processo penal vincula-se à necessária eticidade no agir estatal, estabelecendo-se como balizador à preservação dos direitos fundamentais dos cidadãos submetidos à persecução penal e também como baluarte de segurança para a sociedade. Por isso, a proibição de provas ilícitas constitui-se em direito fundamental.⁹⁷

A ilicitude da prova obtida se estenderá às provas que dela derivarem (teoria dos frutos da árvore envenenada), contudo, em algumas hipóteses, a prova derivada não será atingida (teoria da fonte independente e descoberta inevitável).

⁹⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paulo Sarno. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Jus Podiom, 2007. v. 2. p. 32.

⁹⁷ BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal**: entre o garantismo e a efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 49.

A esse respeito, temos a Suprema Corte Americana que enfrentou o tema com base na teoria dos frutos da árvore envenenada – *fruits of the poisonous tree* – de forma que os vícios da árvore envenenada contaminam os seus frutos.

Nesse sentido Tavares explica que:

A contaminação da prova é resultante de sua gênese ilícita. A teoria dos 'frutos da árvore envenenada' tem origem na Suprema Corte estadunidense e baseia-se na tese de que o vício da árvore, ou de qualquer de seus frutos, transmite-se a todos os demais frutos, mesmo àqueles aparentemente bons. A prova primária, ilícita, torna ilícita também a prova derivada. Para que ocorra a contaminação da prova é indispensável que a prova ilícita seja determinante à obtenção da prova derivada. A prova primária deve ser causa eficiente da prova derivada.⁹⁸

A vedação da utilização das provas ilícitas, inclusive com a proibição de se lançar mão dos "frutos da árvore envenenada", salvo na hipótese de fonte independente que permita alcançar o mesmo resultado conclusivo das provas, sem a mácula da ilicitude, ainda assim, não esgota a questão sob o ponto de vista da interpretação da constituição e da lei processual penal.

O texto constitucional, consoante já dito, veda sem restrições a utilização de prova ilícita por quaisquer das partes.

O espírito constitucional está voltado ao respeito às garantias de um devido processo legal, dentro de um estado democrático de direito. Por isso, é preciso que se tenha muita cautela quando dos fenômenos da *independent source* (provas autônomas) e da *inevitable discovery* (descobertas inevitáveis).

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, ao tratar do tema da prova ilícita e utilizar da teoria da árvore dos frutos envenenados, reconhece a existência de provas independentes da prova reputada ilícita, considerando-as lícitas.

Nesse sentido:

No entanto, é preciso atentar para as limitações impostas à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou dos frutos da árvore envenenada, pelo próprio Supremo norte-americano e pela doutrina internacional; excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outra é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito; ou ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em *independent source* e, no segundo, na *inevitable Discovery*. Isso significa que se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas, ou estas derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo.⁹⁹

Portanto, é fundamental atentar para a preservação da higidez da prova, sob o aspecto da sua licitude, verificando-se que, a despeito da previsão constitucional, há alargamento da

⁹⁸ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e Verdade**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 63.

⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 162.

interpretação sobre o espectro de contaminação da prova ilícita a partir do Código de Processo Penal e do Supremo Tribunal Federal.

Acerca dessa temática, buscou-se aqui efetuar apenas uma introdução, haja vista que o tema será tratado no momento apropriado.

2.7 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Conceitualmente, o princípio do contraditório seria uma espécie de diálogo entre as partes do processo, acerca de cada ato processual realizado, e a possibilidade de que haja manifestação e confrontação de ideias sempre que houver interesse destas para tanto.

Estabelece esse princípio a necessidade de garantir a ambas as partes o direito de presenciar a produção de toda e qualquer prova, conhecer seu inteiro teor, manifestar-se sobre ela, bem como produzir contraprova.

Dispõe o texto constitucional, no art. 5º, inciso LV, que *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ele inerentes.*

Para Goldschmidt, o princípio do contraditório também serve para justificar a face igualitária da justiça, pois “quien presta audiência a una parte, igual favor debe a la outra”.¹⁰⁰

Na definição clássica de Bonfim, tem-se o princípio do contraditório como a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los.¹⁰¹

Assim, o princípio do contraditório consubstancia-se na expressão *audiatur et altera pars*, que quer dizer, ouça a parte contrária, sendo imprescindível para a própria existência da estrutura lógica do processo.

O princípio do contraditório, demonstra que quando da produção de qualquer prova, constante nos autos e produzida por uma das partes, necessariamente, a outra parte deve se manifestar. Tudo isso para que ocorra, assim, o equilíbrio que tanto buscamos no processo penal justo, democrático e em simetria de paridade.¹⁰²

Assim, o referido princípio nada mais é do que o direito de ser informado, de maneira completa, do que está sendo processado e acusado, sob pena de violação do contraditório.

¹⁰⁰ GOLDSCHMIDT, Werner. La imparcialidad como Principio Básico del Proceso. **Revista de Derecho Procesal**, n. 2, 1950. p. 189.

¹⁰¹ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 73, 77-78, 538.

¹⁰² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

O contraditório é um atributo ímpar do processo. É sobre um conflito ritualizado entre as partes que, estando cada uma no seu polo processual, permite a efetiva participação. E mais, esse contraditório, de maneira amplamente entendido, há de ser pleno e efetivo, de forma a ficar demonstrado a real participação e estímulo das partes na relação jurídica.

Para Fazzalari *apud* Moraes Da Rosa, a exteriorização do princípio do contraditório se dá em dois momentos:

Primeiro com a *informazione*, consistente no dever de informação para que possam ser exercidas as posições jurídicas em face das normas processuais e, em um segundo momento, com a *reazione*, manifestada pela possibilidade de movimento processual, sem que este se constitua, todavia, uma obrigação.¹⁰³

O importante é não esquecer que falar em contraditório, é falar em igualdade de oportunidade no processo e de tratamento perante a lei. O julgador deve se manter equidistante das partes, para melhor exercer sua atividade jurisdicional como mediador.

O princípio do contraditório não apenas é uma garantia indispensável às partes, de que toda a prova trazida aos autos merece e pode ser contestada pela parte interessada. Ainda, o contraditório é a base estrutural e fundamento do devido processo legal e a consequência disso é que as partes sejam tratadas de forma igualitária.

No mesmo sentido, Coutinho acerca do princípio do contraditório:

É típico de um processo de partes, no qual o julgador mantém-se equidistante delas no exercício da atividade jurisdicional (conforme determina o princípio da imparcialidade), embora apresentando o Estado na relação processual, é o detentor do Poder e, por conta disto, funciona como órgão mediador, através do qual passam os pleitos.¹⁰⁴

Em resumo, por tal princípio, reflete-se um dever-ser que reclama (exige) a dialética de um processo de partes, ou seja, o diálogo entre a acusação e a defesa, perante um juiz imparcial.¹⁰⁵

Como podemos observar, o princípio do contraditório impõe ao magistrado a igualdade de oportunidades as partes e a participação ativa das mesmas, como também o oferecimento as mesmas chances e possibilidades de acesso à Justiça e do direito de defesa.

A paridade de armas, é a efetivação do princípio do contraditório, assim como o respeito à dignidade do imputado e aos demais valores democráticos a ele reservado.

¹⁰³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal**: a bricolagem de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 264

¹⁰⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. Sapucaí do Sul: Notadez Informações, **Revista de Estudos Criminais do ITEC**, n.º1, p. 43. 2001. p. 43.

¹⁰⁵ Ibid. Nota 66, p. 44.

Somado a isso, temos o art. 155 do Código de Processo Penal Brasileiro, que veda a fundamentação de sentença do magistrado pautada exclusivamente em elementos colhidos durante a investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.¹⁰⁶ Ou seja, sob pena de violação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, em regra, somente a prova produzida em juízo pode servir para formar a convicção do magistrado e fundamentar sua decisão, mas isso não afasta por completo a possibilidade de valoração de algumas provas produzidas na fase de investigação, oportunamente judicializadas.

Claro que os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo.

Havendo flagrante divergência entre o teor da prova oral colhida na fase de inquérito e a produzida em juízo, prevalecerá esta em detrimento daquela.

Outrossim, situações em que se faz imperiosa a produção cautelar de provas, não repetíveis e antecipadas, como é o caso de se mostrar imprescindível a colheita de um depoimento por se encontrar a testemunha gravemente enferma e com risco de morte. Em tais, sob pena de nulidade da prova respectiva, a participação da defesa se faz imprescindível. Assim, isso torna menos inquietante a possibilidade de sua utilização nos autos do processo a que se vincula.

Não há dúvidas de que o conjunto de fatos atribuídos ao acusado deve se sujeitar à prova e à sua refutação.

Di Pietro, por sua vez, destaca as características do contraditório e suas significações:

O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. Exige: 1- notificação dos atos processuais à parte interessada; 2- possibilidade de exame das provas constantes do processo; 3- direito de assistir à inquirição de testemunhas; 4- direito de apresentar defesa escrita.¹⁰⁷

¹⁰⁶ **Art. 155.** O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. **Parágrafo único.** Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

¹⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 367.

Por fim, salutar colacionar que o princípio do contraditório encontra sua positivação no artigo 10 da Declaração Universal de Direitos do Homem: “Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.¹⁰⁸

Afinal, toda a prova será devidamente considerada adquirida quando após ter sido proposta, passar pelo crivo do contraditório no decorrer da demanda e, ainda, houver uma decisão judicial acerca da permanência desta no processo, passível de contraposição.

Nesse passo, para a concretização do princípio do contraditório, mister que seja ele pleno e efetivo, e não meramente formal, como ensina Fernandes:

No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os fatos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhes os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares.¹⁰⁹

E no mesmo pensamento, segue Portanova:

O princípio do contraditório é elemento essencial ao processo. Mais do que isto, pode-se dizer que é inerente ao próprio entendimento do que seja processo democrático, pois está implícita a participação do indivíduo na preparação do ato de poder. A importância do contraditório irradia-se para todos os termos do processo. Tanto assim que conceitos como ação, parte e devido processo legal são integrados pela bilateralidade.¹¹⁰

Assim, torna-se de suma importância o presente princípio do contraditório, principalmente num estado democrático de direito e do diálogo entre acusação e defesa, como forma de obstaculizar versões antagônicas e conflituosas. O conhecimento das provas e possibilidade de reação às mesmas é a solução justa e ideal perante um juiz imparcial.

2.8 PRINCÍPIO DA CONCENTRAÇÃO

¹⁰⁸ UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. [Brasília]. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>, Acesso em: 1 nov. 2021.

¹⁰⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 61.

¹¹⁰ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 160.

O princípio da concentração está umbilicalmente ligado a lógica da oralidade. Evidente que na prática nem sempre isso é possível, principalmente quando temos prova testemunhal, que pode fracionar a audiência. Sabe-se que a atividade probatória deve ser realizada num único ato, ou, na impossibilidade, em poucas audiências, e o intervalo entre elas deve ser exíguo.

A celeridade e a economia processual são facilmente percebidas, como vantagens advindas da concentração, assim como a preservação, na memória do magistrado, das questões relevantes para o julgamento da causa, devido ao menor espaço de tempo entre a instrução e o julgamento.

Diz Alsina, acerca do princípio da concentração, que seu objetivo é “acelerar o processo, eliminando trâmites que não sejam indispensáveis, com o que se obtém ao mesmo tempo uma visão mais concreta do litígio”.¹¹¹

Hassemer afirma que “a máxima concentração consiste na realização da audiência principal em um único ato. Os períodos de suspensão e interrupção da audiência principal são avaliados estritamente, de modo que, em muitos casos, se tornam disfuncionais (...)”.¹¹²

No mais, reza o artigo 400, §1º e o artigo 411, §2º, ambos do Código de Processo Penal, que *as provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias*.¹¹³

Sem dúvida, o desdobramento da audiência, embora seja uma exceção em sua previsão legal, a nossa realidade processual, de forma excessiva e habituada ao procedimento escrito, torna rara a realização da audiência única. Nem sempre é possível concentrar numa única audiência todos os atos da instrução.

Somado a isso, temos o direito à prova que deve ser resguardado à parte, atribuindo ao magistrado a sensível atenção às regras garantidoras do contraditório e da ampla defesa, bem

¹¹¹ ALSINA, Hugo. **Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1959. p. 267.

¹¹² HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 2005.

¹¹³ **Art. 400.** Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Art. 411. Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se o debate. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008). **§ 2º** As provas serão produzidas em uma só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008).

como bom senso, no sentido de indeferir aquelas provas de caráter meramente protelatórias e que não guardam relação alguma com o objeto da demanda.

Nesse sentido Arditi adverte que a ‘noção de prova protelatória supõe o dolo processual, cujo reconhecimento depende, evidentemente, da existência de circunstâncias inequívocas. Não será qualquer suposição que poderá levar o magistrado a excluir a prova proposta pela parte’.¹¹⁴

No rito ordinário, por exemplo, onde as alegações finais que antes eram apresentadas de forma escrita, agora, nos termos do art. 403, *caput*, do Código de Processo Penal¹¹⁵, devem ser apresentados oralmente. Entretanto, nos processos em que a prova exigir um aprofundamento maior e uma análise mais apurada do magistrado, em face da complexidade ou em razão do número de acusados, é possível que seja concedido prazo para apresentação de memoriais escritas.

No rito sumário, a obrigação de produção da prova oral, do oferecimento de alegações e da prolação do *decisum* em audiência desdobra-se nos termos do artigo 535 do Código de Processo Penal, ao preceituar que *Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível a prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer.*

Por fim, quanto ao procedimento comum sumaríssimo, nos crimes de menor potencial ofensivo, a concentração já se apresentava, nos termos dos artigos 77 a 82 da Lei 9009/1995, seção III.

Outrossim, diante da complexidade de uma causa e em face do princípio da concentração, deve o juiz se pautar por critérios de razoabilidade.

Assim, não há dúvidas de que o princípio da concentração, oriundo do princípio da oralidade, assessora positivamente e facilita a convicção do Julgador, por conservar em sua memória o ocorrido no momento da obtenção da prova.

¹¹⁴ ARDITI, Enrique A. Sosa, FERNANDEZ, José. **Juicio oral en el proceso penal**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994. p. 22.

¹¹⁵ **Art. 403.** Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação desse, serão concedidos 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 3º O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

2.9 PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

Por ocasião da entrada em vigor da Lei nº 11.719/2008, a qual, dentre outros dispositivos, acrescentou o §2º ao artigo 399 do Código de Processo Penal¹¹⁶, dispõe que ‘o juiz que presidiu a instrução processual deverá proferir a sentença’.

Ao inserir o referido princípio no processo penal, com certeza o legislador não ressaltou situações em que sua aplicação poderia ser abrandada. No entanto, ficou consolidado tanto na jurisprudência como na doutrina que o aludido dispositivo, com fundamento no artigo 3º do Código de Processo Penal, deve ser interpretado em analogia com o artigo 132 do Código de Processo Civil. Assim, o magistrado que presidir a instrução deve julgar a demanda, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, entre outros casos excepcionais, em que passará os autos a outrem.

Não há dúvidas de que o magistrado que presidiu a coleta de provas e teve contato direto com as partes, sejam elas o imputado, as testemunhas, os peritos, as provas, entre outras, possui uma visão muito mais ampla do caso em comento, podendo proferir uma decisão mais justa.

O processo penal é a oportunidade de reconstruir os fatos e de reconhecimento para convencimento do juiz, este que presidiu e esteve próximo da prova, com certeza possui mais condições de julgar o processo.

Define Portanova acerca do presente princípio como “um ‘encadeamento sistêmico’, que começa com a necessidade de uma atuação direta e efetiva do juiz em relação à prova oralmente produzida, sem que possa ser mediatizada através de interposta pessoa”.¹¹⁷

Outrossim, a identidade física do juiz está estreitamente vinculada aos princípios da concentração, imediatidade e oralidade, uma vez que a instrução processual penal é realizada num único ato, ou, caso não seja possível, a próxima audiência deve ser realizada num breve espaço de tempo.

Silva enfatiza que, no sistema da oralidade, é indeclinável, ainda que implicitamente, a existência de preceitos que conduzam à vinculação do juiz à causa criminal ou o

¹¹⁶ **Art. 399.** Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008). **§ 1º** O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008). **§ 2º** O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

¹¹⁷ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 3. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999. p. 221.

reconhecimento da identidade física do juiz, que representa um verdadeiro instrumento na busca da verdade real.¹¹⁸

Rangel, nesse passo, afirma que “dessa forma, o juiz que presidiu a instrução e esteve próximo da prova deve julgar o caso”.¹¹⁹

Com base no que fora exposto, a identidade física do juiz atende ao interesse público, vez que destinado a conferir maior eficiência ao julgamento, possibilitando seja a sentença proferida por quem, em tese, reúne melhores condições para fazê-lo e de senti-lo.

Nesse sentido, Grinover afirma que:

A vinculação do juiz ao processo constitui uma autêntica garantia do acusado. Para todo e qualquer juízo de mérito e, principalmente, para a plena satisfação do princípio constitucional da individualização da pena, nos termos do art. 5º, inciso XLVI, sendo indispensável a prolação da sentença pelo juiz que manteve contato direto com os protagonistas do processo.¹²⁰

Por fim, pela importância desse princípio quando da decisão proferida pelo Julgador que participou de todos os atos, criam-se laços psicológicos com as partes e com as testemunhas, de modo que suas impressões podem e devem contribuir para a melhor valoração da prova na decisão judicial.

2.10 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O princípio constitucional da publicidade é característica fundamental do sistema processual acusatório. A regra é de que a produção dos atos judiciais seja pública, e, excepcionalmente, se dar em segredo de justiça, bem como quando a lei exigir.

De forma sucinta, este princípio é a garantia de que a instrução seja acompanhada não apenas pelos sujeitos processuais, mas pelo público, vedando qualquer atividade secreta, nos termos do art. 93, inciso IX da CF. Quando houver necessidade, interesse público ou a tutela da intimidade exigir a restrição à presença popular, a lei pode exigir o que se entende por publicidade restrita dos atos introdutórios, nos termos do art. 5º, inciso LX da CF.

Eliana Descovi Pacheco complementa ainda que:

Todo processo é público, isto, é um requisito de democracia e de segurança das partes (exceto aqueles que tramitarem em segredo de justiça). É estipulado com o escopo de garantir a transparência da justiça, a imparcialidade e a responsabilidade

¹¹⁸ SILVA, Marco Antonio Marques da. **A vinculação do juiz no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 59.

¹¹⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 545.

¹²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A nova lei processual penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 125.

do juiz. A possibilidade de qualquer indivíduo verificar os autos de um processo e de estar presente em audiência, revela-se como um instrumento de fiscalização dos trabalhos dos operadores do Direito.¹²¹

Há dois aspectos do princípio da publicidade: a) a publicidade geral ou plena, como regra para todo e qualquer processo; b) a publicidade especial, em que se restringe a audiência nos atos processuais e as informações sobre o processo às partes e procuradores, ou somente a estes.

Contudo, a publicidade dos atos judiciais pode gerar, de regra, benefícios, mas excepcionalmente até nocividade. O maior dos benefícios é a dificuldade de cometimento de abusos, exageros e omissões processuais, pela possibilidade de constante controle, tanto das partes, dos advogados, do Ministério Público, da imprensa ou da sociedade. Quanto aos prejuízos, está a possibilidade de haver, com a publicidade, a exploração sensacionalista, inclusive por parte da imprensa, de fatos levados a discussão nos tribunais. Uma das formas de se evitar esses abusos, está nas exceções ao princípio, quando a divulgação da informação ou diligência represente risco à defesa do interesse social ou do interesse público; à defesa da intimidade, imagem, honra e da vida privada das partes; e à segurança da sociedade e do Estado.

Nosso Código de Processo Penal prevê exceções à regra da publicidade ampla.

A *um*, nos termos do art. 201, §6º do CPP, o ‘juiz tomará as providencias necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação’.

A *dois*, nos termos do art. 792, §1º do CPP, ‘se a publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

Para Gomes Filho, ‘diversamente do poder autoritário, que se exerce de forma absoluta e também oculta, o desempenho do poder no Estado Democrático reclama publicidade e transparência.¹²²

¹²¹ PACHECO, Eliana Descovi. Princípios norteadores do Direito Processual Penal. **Jornal Jurid.**, abr. 2007. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/noticias/principios-norteadores-do-direito-processo-penal>. Acesso em: 11 out. 2021.

¹²² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 77.

Acerca do tema, Hassemer:

O que a transparência é para compreensão textual a publicidade é para a compreensão cênica (...) a publicidade da audiência principal representa, portanto, a possibilidade do controle daquelas condições especiais da compreensão cênica por parte de todos e a possibilidade da autojustificação da atuação jurídica. A produção da publicidade é a tentativa de tornar a compreensão cênica suscetível de observação e informação na medida do possível.¹²³

Por fim, o que se busca com o presente princípio é assegurar o conhecimento e, com isso, poder fiscalizar o andamento da demanda. Ao mesmo tempo, evitar inconvenientes em face da pressão da imprensa que muitas vezes direciona o resultado de forma indevida, influenciando a sociedade. Entretanto, as vantagens da adoção desse princípio superam, sem dúvida, os intempéries.

2.11 PRINCÍPIO DA AUTORRESPONSABILIDADE DAS PARTES

Esse princípio atribui às partes o ônus de produzir prova de suas alegações, e com isso, arcar com as consequências processuais de eventual omissão.

Diante disso, as partes assumem os resultados decorrentes da prova por elas trazida ou não ao processo. Mas, em caso de prostração por parte da acusação em provar a autoria e a materialidade, a sentença absolutória se impõe.

Maira Ramos salienta que “por meio deste princípio, infere-se que as partes assumirão as consequências de sua inatividade, erro ou negligência”.¹²⁴

Segundo Dias, na lógica de um processo estruturado a partir deste princípio:

(...) está a circunstância de recair sobre as partes todo o risco da condução do processo, através do ônus, que sobre elas incidem, de afirmar, contradizer e impugnar: é a isto que se chama o princípio da auto-responsabilidade probatória das partes. À sua luz terá o juiz que considerar como não necessitados de prova todos os factos que, apresentados por uma parte, não sejam contraditados pela outra: sobre eles haverá acordo, expresso ou apenas tácito por força de não impugnação ou confissão ficta. Estes factos, possam embora não ser verdadeiros, são tidos (valem) como tal para efeitos da decisão. E por isso se diz que a sentença procura e declara a verdade formal (intraprocessual).

¹²³ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 2005. p. 218-219.

¹²⁴ RAMOS, Maira Silva da Fonseca. A prova proibida no processo penal: as consequências de sua utilização. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 837, out. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7432>. Acesso em: 11 out. 2021.

Assim, o princípio da autoresponsabilidade das partes consiste que cada um assuma, bem com tenha a consciência de arcar com todas as consequências de sua inatividade, negligencia, erro ou atos intencionais, pois tem o encargo de apresentar em juízo os elementos comprobatórios das alegações feitas e que lhes compete demonstrar.

3 VALORAÇÃO DA PROVA

A valoração da prova é ato sequencial do procedimento probatório. É o momento em que o juiz exercerá o juízo questionador e avaliativo sobre o conjunto probatório com o objetivo de fundamentar a sua decisão.

A apreciação das provas é efetivada pelo julgador, que executa sua atividade cognitiva para examinar os elementos probatórios existentes nos autos. Seu julgamento está vinculado à luz dos elementos probatórios está de acordo com a época em que se sucederam os fatos. O juiz analisará todo o conjunto probatório com o objetivo de prolatar uma sentença de forma justa e fundamentada.

É possível registrar, sem a pretensão de esgotar o tema, três principais sistemas de valoração ou apreciação da prova pelo juiz: íntima convicção (sentimental ou certeza moral do julgador) prova legal ou tarifada e, por fim, persuasão racional, livre convencimento motivado ou verdade real.

Entretanto, sem pretender analisar amiúde a evolução histórica dos sistemas de valoração das provas, efetua-se uma sumária introdução sobre acerca do standard probatório e, ao final, a exposição dos três sistemas mais relevantes.

O standard da prova, está para que as provas tenham suficiência probatória para ensejar uma condenação ou absolvição. É um grau de confiabilidade da prova, uma prova clara e convincente e de ‘quanto’ essa prova é necessário para proferir e legitimar um decisão.

O sistema de provas é o método utilizado pelo magistrado para valorar as prova dos autos, alcançando a verdade possível e aproximada dos fatos.

3.1 STANDARD DA PROVA

Para o desenvolvimento do presente trabalho científico e diante da complexidade e relevância do tema alusivo às provas, mas especialmente a cadeia de custódia da prova penal, faz-se necessária a definição do que se entende por *standard* da prova.

Com origem conceitual no *common law* e disseminado entre espanhóis e italianos, já é possível dizer que, entre nós, as terminologias relativas aos *standards* de prova passaram a integrar um caminho arrazoado quase obrigatório da motivação das decisões judiciais.

O conceito de *standard* de prova é apresentado por Lopes Júnior:

[...] os critérios para aferir a suficiência probatória, o "quanto" de prova é necessário para proferir uma decisão, o grau de confirmação da hipótese acusatória. É o preenchimento desse critério de suficiência que legitima a decisão. O *standard* é preenchido, atingido, quando o grau de confirmação alcança o padrão adotado.¹²⁵

Esse padrão leva em consideração que uma condenação somente pode sobrevir quando o julgador alcançar um alto nível de certeza da infração penal cometida, de forma que esse critério esteja umbilicalmente ligado ao princípio da presunção da inocência.

O *standard* probatório do processo penal busca evitar condenações equivocadas e até mesmo injustas. Ao mesmo tempo, isso aumenta a probabilidade de que ocorram absolvições errôneas. Busca-se, assim, controlar de forma racional e lógica o livre convencimento dos nobres julgadores, bem como minimizar riscos de erros judiciais na apreciação das provas.

Para Dallagnol:

Estão em jogo, portanto, dois valores fundamentais: de um lado, a liberdade (vida) ou o estado de condenado de alguém e, de outro lado, a gravidade da lesão causada pela conduta, que envolve não só o direito fundamental da sociedade tutelado na norma violada, mas também a própria segurança da sociedade (impunidade). Qualquer análise do problema, e sugestão de modulação do *standard*, deve tomar em consideração a intensidade desses valores em uma dada situação, abstrato ou concreta.¹²⁶

Em comparação com o esporte olímpico do salto com vara, Rosa e Matida afirmam que: “um *standard* probatório funciona como o sarrafo no salto com vara, podendo ser posicionado mais baixo ou mais alto. A maior ou menor altura imporá, tal como no salto com vara, graus distintos de dificuldade ao jogador”. No contexto do processo penal, segundo os autores, “a estratégia consiste em posicionar o sarrafo alto para a hipótese acusatória, dificultando que hipóteses acusatórias de menor qualidade cheguem a produzir resultados (condenação de um inocente)”.¹²⁷

¹²⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 398.

¹²⁶ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções**. 1. ed. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 256.

¹²⁷ MORAIS DA ROSA, Alexandre; MATIDA, Janaina. Para entender standards probatórios a partir do salto com vara. **Conjur**, São Paulo, mar. 2020.

O *standard* é preenchido, atingido, quando o grau de validação alcança o padrão exigido e, dessa forma, determine o critério para que se autorize e legitime uma decisão em determinado sentido, gerando um grau de confiança na sociedade.

Streck assim entende:

Em verdade, o que se pretende com o estabelecimento de standards de prova no processo é “controlar racionalmente a valoração da prova, extirpando do ambiente probatório o fantasma do livre convencimento, corolário do paradigma da subjetividade, tão vislumbrado nas decisões judiciais em tempos de pós-modernidade e crise hermenêutica.¹²⁸

É em meio a tudo isso que os standards de prova vêm sendo introduzidos no país, visando romper com ideias obsoletas e que seguem acreditando que o juiz possui plena liberdade para decidir, desde que motive a sua decisão. Sabe-se que não basta motivar, como também não basta fundamentar, é necessário que o juiz esclareça de forma minuciosa como chegou à solução final do caso concreto, a partir de critérios objetivos e imparciais.

Apenas fundamentar a decisão judicial não é suficiente nos dias atuais. Faz-se necessário a utilização de standard de provas, o que significa as melhores provas e os critérios mais rigorosos de que essa prova utilizada realmente possua referências idôneas e que seja além de qualquer dúvida razoável. Somente assim, haverá justa fundamentação ao caso em concreto.¹²⁹

Ou seja, o *standard* de prova tem como objetivo estabelecer critérios para que se autorize e reconheça uma decisão em determinado sentido. Os *standards* probatórios estão a cada dia mais utilizados pelos operadores do direito, a fim de se tornarem referências rotineiras nas decisões judiciais e, quem sabe, receberem amparo legal, impondo a todos o seu cumprimento, trazendo maior segurança jurídica.

Como pontua Dallagnol:

[Uma] dúvida razoável é mais do que uma mera dúvida possível e menos do que uma dúvida real substancial. Tal *standard* é compatível com nosso direito processual penal, estando vinculado umbilicalmente à noção de presunção de inocência e já foi inclusive adotado em algumas decisões do STF.¹³⁰

¹²⁸ STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, Wilian Galle. Sobre um possível diálogo entre a crítica hermenêutica e a teoria dos standards probatórios: notas sobre valoração probatória em tempos de intersubjetividade. **Novos Estudos Jurídicos**, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10981/pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹²⁹ HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In: VÁSQUEZ, Carmen García (org.). **Estándares de prueba y prueba científica**. Miami: Marcial Pons, 2013. p. 65-98.

¹³⁰ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo**: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 277.

Por tudo o que foi exposto, tem-se que quanto mais elevado o entendimento que envolve um processo criminal construído com bases legais e garantias individuais, devidamente comprometido com bases democráticas, menores serão os riscos de haver julgamentos injustos a partir da má apreciação da prova.

Nessa linha de pensamento, Vasconcellos afirma que:

O atual sistema brasileiro impõe a adoção de um *standard* rigoroso, em reforço à presunção de inocência; por outro lado é fundamental realizar-se uma alteração legislativa para inserir previsão de modo expresso e delimitar adequadamente o seu conteúdo. Em resumo, a regulamentação legislativa seria bem-vinda, mas não impede o aprimoramento da prática atual a partir da legislação vigente.

Ainda, o autor apresenta proposta para aperfeiçoamento do *standard*:

- a hipótese acusatória deve ser capaz de explicar de modo coerente e íntegro todos os elementos fáticos comprovados no processo, apresentando critérios confirmatórios disponíveis.

- considera-se dúvida razoável a hipótese alternativa à tese incriminatória que se mostre logicamente possível e amparada pelo lastro probatório do processo.

- a sentença ou acórdão deve apresentar motivação fática consistente, a partir de critérios objetivos e racionais, indicando elementos probatórios que justifiquem cada afirmação fática e analisando eventuais hipóteses alternativas de potencial dúvida razoável.¹³¹

O *standard* probatório somente é atingido, preenchido quando alcançado o padrão de qualidade e credibilidade da prova. Somente a partir dessas premissas e, diante de uma prova robusta, confiável, forte e que supere toda e qualquer dúvida que por ventura possa ser levantada, eleva ao grau máximo uma sentença penal condenatória devidamente fundamentada e justa.¹³²

A grande transformação que temos a partir dos *standard* probatórios, é a meta de uma qualidade na decisão penal, eliminando erros judiciários.

Para Abelán, os *standards* de prova são “critérios que indicam quando se conseguiu a prova de um fato, ou seja, critérios que indicam quando está justificado aceitar como verdadeira a hipótese que descreve”.¹³³

Sobre o tema, Luis Felipe entende que se trata, portanto, de padrões que apontam uma demarcação, um mínimo probatório que deve ser superado para que se considere um fato como

¹³¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Standard* probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 16, n. 2, maio/ago. 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201961>.

¹³² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 404-405.

¹³³ GASCÓN ABELLÁN, Maria. **Los hechos en el derecho**: bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 129.

provado. Em termos diretos, eles definem “o ‘quanto de prova’ e o nível de suficiência probatória ou grau de confirmação.”¹³⁴

Com isso, em uma análise muito dilatada, o *standard* da prova não é um modelo engessado a ser seguido, mas um meio idôneo e de uma valoração lúcida, que torna a prova segura para embasar algo comprovado.

O tema é bem complexo e polêmico.

Nos processos penais, considerando que quase todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos elegem como pressuposto o princípio constitucional da presunção de inocência, não há dúvidas de que o modelo de constatação utilizado é sempre elevado, beirando quase a certeza com vistas à superação da dúvida razoável.

Ainda, mesmo que não haja no nosso sistema legal a existência desses *standards* de prova, não há como negar a existência de diversos graus que se podem exigir do julgador para que considere um fato “provado” ou mesmo para que se tenha como cumprido um requisito legal de mera probabilidade.

No caso do Brasil, embora não se exige que o magistrado anuncie o modelo probatório ou de constatação nas suas decisões, exigindo-se apenas que a decisão seja fundamentada com o acervo de provas constante nos autos.

Entretanto, a jurisprudência brasileira já se pronunciou, ainda que timidamente, sobre a necessidade de identificação do modelo de constatação judicial.

Nos termos do art. 156, inciso II, do Código de Processo Penal, consagrou-se a importância da superação da dúvida razoável, de fato relevante, tanto que com a Lei 11.690/2008 acrescentou como hipótese absolutória, no inciso VI, do art. 386, do mesmo diploma legal, a fundada dúvida sobre a existência de circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, levando a crer que o juízo condenatório deve ir além da dúvida razoável, que vem sendo aplicada pelos nossos Tribunais.

Vejamos nossa Suprema Corte¹³⁵, que entendeu que a presunção de inocência, no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura.

¹³⁴ KIRCHER, Luís Felipe S. O convencimento judicial e os parâmetros de controle sobre o juízo de fato: visão geral, direito comparado e o Tribunal Penal Internacional. **Revista Due In Altum**, v. 10, n. 20, p. 179--206, jan./abr. 2018. p. 190. <https://revistas.faculdedamas.edu.br/>. Acesso em: 29 nov. 2021.

¹³⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur369896/false>. Acesso em: 1 nov. 2021. Ementa: penal. Processual penal. Prefeito. Desmembramento do processo. Licitação. Inexigibilidade. Crime do artigo 89 da lei 8.666/93. Dolo. Ausência de prova acima de dúvida razoável. Presunção de inocência. Absolvição. 1. Havendo detentores e não detentores de prerrogativa de foro acusados no mesmo processo, o atual entendimento desta Suprema Corte aponta no sentido do desmembramento como regra, ressalvadas hipóteses excepcionais a exigirem julgamento conjunto. 1.1. Desmembramento efetivado no caso concreto, inexistente imbricação extraordinária

Conforme o julgado, as provas devem ser aptas a gerar a certeza da responsabilidade criminal do acusado, com o afastamento de todas as hipóteses contrárias, desde que razoáveis, a essa convicção.

Assim, ao consagrar o princípio da presunção da inocência e seu subprincípio ‘in dubio pro reo’, a Constituição e a Convenção Americana sinalizam a utilização do *standard* probatório, pois as suas regras contribuem para uma melhor efetividade da presunção de inocência.

Somente diante de uma prova forte, robusta, altamente confiável e que supere toda e qualquer dúvida fundada em questões relevantes, autoriza-se um juízo condenatório.

3.2 SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA

3.2.1 Sistema da prova tarifada (verdade ou prova legal)

Esse sistema da prova tarifada tem como particularidade central a estipulação de determinar antecipadamente um valor para cada tipo de prova, ficando o julgador adstrito ao valor probatório da prova existente nos autos, não tendo espaço para discricionariedade judicial. Da mesma forma como ocorre com o sistema do livre convencimento, exige-se aqui que estejam incorporados ao processo os subsídios de convicção, não sendo lícito ao julgador decidir com base em provas que não esteja nos autos.

entre as condutas dos coacusados. 2. O delito do artigo 89 da Lei 8.666/93 exige, além do dolo genérico – representado pela vontade consciente de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais -, a configuração do especial fim de agir, consistente no dolo específico de causar dano ao erário. Desnecessário o efetivo prejuízo patrimonial à administração pública. 3. Inexistente indicativo de conluio, ilegalidade manifesta ou desvio de finalidade claramente perceptível, os atos de gestão praticados pelo Prefeito de acordo com as orientações técnicas dos órgãos especializados do Município, sobretudo em temáticas que envolvem juízo de legalidade - tais como ocorrem nas plurissignificativas regras de dispensa e inexigibilidade de licitação -, se qualificam com o predicado de boa-fé presumida. 3.1. No caso, (i) a ratificação da inexigibilidade de licitação foi realizada de acordo com a orientação dos órgãos técnicos do Município e a prova dos autos não rendeu razões que razoavelmente impusessem ao acusado, como gestor (Prefeito), adoção de conduta contrária às manifestações técnicas; (ii) foi verificada oscilação de entendimento no âmbito do Tribunal de Contas local quanto à lisura da inexigibilidade da licitação, assim como o arquivamento, pelo Ministério Público Cível, de inquérito cível pertinente aos mesmos fatos; (iii) as provas pessoais produzidas – testemunhas e interrogatório do acusado, - alinharam-se pela insuficiência de prova da participação dolosa do Prefeito no crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/93. 4. A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a formulação mais precisa é o *standard* anglo-saxônico no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*) e que foi consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. 5. Ação penal julgada improcedente.

Nesse modelo, também chamado sistema da certeza moral do legislador, da verdade legal ou formal, não é permitido ao julgador valorar livremente a prova, conforme suas convicções ou experiências, pois a própria lei cuida de estabelecer uma certa hierarquia entre os diversos meios de prova, de modo a fixar antecipadamente o valor que cada uma tem e, em razão disso, qual prova deve prevalecer sobre outra.

No Código Processual Penal vigente, há determinadas situações em que ao juiz não é dado valorar a prova de forma diversa do que consta nos autos. São os casos de tarifação absoluta e tarifação relativa. Na tarifação absoluta, o magistrado não detém liberdade alguma para a apreciação da prova, como por exemplo no art. 62 do CPP, quando prevê a extinção da punibilidade prevista no art. 107, inciso I do CP, após comprovação da morte do acusado, com a certidão de óbito, não podendo tal ato ser substituído por outro documento. Já na tarifação relativa, embora com critérios pré-estabelecidos na legislação, o julgador não fica limitado no seu convencimento, segundo o art. 158 do CPP, que dispõe quando a infração deixar vestígios é indispensável o exame de corpo de delito. Entretanto, o art. 167 do mesmo diploma legal, prevê que desaparecendo os vestígios, a prova pericial pode ser suprimida pela testemunhal.

Com isso, mesmo que este sistema de valoração de prova possa admitir alguns dispositivos legais como forma de exceção, ainda assim não se trata de um sistema embasado na prova tarifada, mas apenas uma referência do legislador para a formação do conteúdo probatório e que, por ventura, pode ser relativizado. Em essência, pois, não se trata do modelo adotado no Brasil.

Acerca do sistema legal ou tarifado, Camargo Aranha refere que:

Examinando o sistema tarifado ou legal, cada prova tem um valor certo, constante e inalterado, preestabelecido pela norma, de tal sorte que ao juiz só é permitida a apreciação dentro da eficácia que a lei lhe atribui. O juiz torna-se um órgão passivo, pois, diante do valor tabelado, a ele cabe apenas verificar o valor atribuído pela lei, reconhecendo-o na sentença, sem que possa fazer sua apreciação diante da própria convicção.¹³⁶

Como bem pontuou Bacila, tabelar significa cercear a capacidade de o julgador fazer uma análise mais inteligente no caso concreto. É o medo da falha humana que fez com que este sistema falhasse como um todo.¹³⁷

¹³⁶ CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q.T. de. **Da Prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 74.

¹³⁷ BACILA, Carlos Roberto. **Princípios de Avaliação das Provas no Processo Penal e as Garantias Fundamentais**. In: BONATO, Gilson (org.). **Garantias Constitucionais e Processo Penal**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002. p.100.

Assim, nesse sistema, o julgador não tem qualquer margem de liberdade na valoração do conjunto probatório. Por isso se diz que nesse sistema a prova é tarifada, cabendo ao magistrado tão somente apreciar o conjunto probatório e lhe atribuir o valor conforme estabelecido em lei.

3.2.2 Sistema da Íntima Convicção (sentimental ou certeza moral do julgador)

Ao contrário do anterior, neste modelo a lei não atribui valor a determinado tipo ou meio de prova, mas autoriza que o juiz decida livremente, como bem entender, ancorado apenas em sua convicção e sua consciência. A credibilidade que poderá ser dada ou não às provas produzidas, depende exclusivamente da intuição, íntima convicção ou certeza moral do magistrado, podendo inclusive decidir contra as provas constante dos autos.

O sistema da íntima convicção é o modelo que prioriza a apreciação da prova a partir das convicções pessoais do julgador, a convicção livre, que não necessita de motivação na tomada de decisão pelo magistrado, ou seja, basta que o faça baseado em suas próprias impressões pessoais.

Nesse sistema, o legislador propõe ao magistrado toda a responsabilidade e todo o ônus pela avaliação das provas, dando a ele autonomia para prolatar sua decisão de acordo, única e exclusivamente, com base na sua própria consciência. O juiz não está obrigado a fundamentar sua decisão, podendo inclusive valer-se de suas experiências pessoais, bem como as provas que por ventura estão ou não nos autos.

O fundamento da sentença é a certeza moral do magistrado. O juiz decide de acordo com sua íntima convicção.

Essa modalidade está no Código de Processo Penal, quando dos julgamentos do Tribunal do Júri, instituição secular e que foi criada pela Lei 18 de julho de 1822,¹³⁸ com a competência de julgar e processar os delitos de imprensa. Atualmente, os jurados decidem de acordo com a sua livre convicção pessoal, pelo voto secreto e sem expor suas razões.

Esse sistema de valoração de prova é um desrespeito ao contraditório, não havendo espaço nos tempos atuais para a sua aplicação. Os jurados, quando da soberania dos seus

¹³⁸ BRASIL. Lei de 18 de janeiro de 1822. Extingue os Tribunaes creados no Rio de Janeiro e estabelece a fôrma de Administração das Províncias do Brazil. **CLBR**, Rio de Janeiro, RJ, 1822. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-18-1-1822.htm. Acesso em: 20 nov. 2021.

vereditos, sequer fundamentam as suas razões de convencimento que formaram sua convicção.¹³⁹

Nesse sentido, Bacila:

A íntima convicção, despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento, pois a supremacia do poder dos jurados chega ao extremo de permitir que eles decidam completamente fora da prova dos autos e até mesmo decidam contra a prova¹⁴⁰.

Não há dúvidas de que a absoluta falta de motivação do ato decisório é um golpe fatal ao estado democrático de direito. Os jurados inclusive podem decidir contrariamente aos preceitos processuais e constitucionais, como por exemplo, a condenação com base em provas colhidas na fase do inquérito policial, violando princípios como o contraditório e a ampla defesa.¹⁴¹

Este modelo não se aplica aos magistrados de direito, mas é admitido no Tribunal do Júri brasileiro, sem qualquer critério probatório e sem precisar fundamentar suas decisões.

Nesse sentido, Tourinho:

Desta maneira, o princípio da íntima convicção apresenta-se como uma exceção dentro do nosso ordenamento, sendo aplicável em casos encaminhados ao julgamento perante o plenário do júri: De acordo com esse sistema, o Juiz não estava obrigado a exteriorizar as razões que o levaram a proferir a sentença; atribuía às provas o valor que em quisesse e entendesse, podendo, até, valer-se do conhecimento extra-autos, mesmo sem nenhuma prova nos autos; decidia de acordo com a sua íntima convicção, sem se deixar dominar pelo que havia no processo.¹⁴²

A falta de motivação pode afrontar o princípio constitucional da presunção de inocência, em caso de condenação manifestamente contrária aos elementos de prova constante nos autos, visto que a falta da obrigação de motivar seu veredito, pode levar o jurado a condenar o acusado sem demonstrar provas, contrário ao que versa o princípio da presunção de inocência.

3.2.3 Sistema do Livre Convencimento Motivado (persuasão racional do juiz ou verdade real)

¹³⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual civil brasileiro**: atos processuais a recursos e processos nos tribunais. 12. ed. São Paulo, 1987. p. 198.

¹⁴⁰ BACILA, Carlos Roberto. **Princípios de Avaliação das Provas no Processo Penal e as Garantias Fundamentais**. In: BONATO, Gilson (org.). *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

¹⁴¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 142.

¹⁴² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 522.

Este modelo, adotado no Brasil, preocupado com a dignidade da pessoa humana e com o Estado Democrático de Direito, de forma mais efetiva, estabeleceu certas limitações à atuação do magistrado, necessitando ele de fundamentar suas decisões. Ou seja, o magistrado deve, à luz dos elementos constante na demanda, apresentar os motivos que o conduziram a determinada decisão, fundamentando-a.

Também conhecido como o sistema do livre-convencimento ou da verdade real, nele o juiz não está adstrito a regras rígidas de valoração, de maneira que lhe é permitido formar sua convicção pela livre apreciação das provas produzidas nos autos, conforme a sua experiência, a sua formação e o seu grau de responsabilidade. Nunca é demais advertir que o livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se e não está dispensado de motivar sua sentença.

Deve o magistrado, portanto, abolir por completo de sua mente prejulgamentos que possam conduzi-lo ao erro.

Reza na **primeira parte** do artigo 155 do Código de Processo Penal Brasileiro, que a convicção do magistrado está na apreciação da prova produzida em contraditório. Ou seja, o julgador não pode se afastar da prova produzida nos autos e com base nas provas contraditadas, aquelas que foram objeto de análise judicial e devidamente submetidas às partes para que pudessem contraditar.¹⁴³

Nesse sentido, Frederico assevera:

Em primeiro lugar, o livre convencimento não significa liberdade de apreciação das provas em termos tais que atinja as fronteiras do mais puro arbítrio. Esse princípio libertou o juiz, ao ter de examinar a prova, de critérios apriorísticos contidos na lei, em que o juízo e a lógica do legislador se impunham sobre a opinião que em concreto podia o magistrado colher; não o afastou, porém, do dever de decidir segundo os ditames do bom senso, da lógica e da experiência.

O livre convencimento que hoje se adota no direito processual não se confunde com o julgamento por convicção íntima, uma vez que o livre convencimento lógico e motivado é o único aceito pelo moderno processo penal.¹⁴⁴

Para Ibañez, a exigência de motivação corresponde a uma finalidade de controle do discurso probatório do juiz, com o objetivo de garantir ao máximo possível a racionalidade de sua decisão, no marco da racionalidade legal.¹⁴⁵

¹⁴³ **Art. 155.** O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. **Parágrafo único.** Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

¹⁴⁴ MARQUES, Frederico. **Elementos de direito processual penal.** São Paulo: Bookseller, 1997, v. 2. p. 278.

¹⁴⁵ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. **Los 'hechos' em la sentencia penal.** México: Fontamara, 2005. p. 85.

O modelo do “sistema do livre convencimento tem ‘seu campo atuação definido em lei, ou seja, o magistrado somente é livre na apreciação da prova enquanto prova válida, não podendo superar as restrições expressamente declinadas pelo legislador”.¹⁴⁶

Não há dúvidas de que a exigência de motivação da decisão judicial visa a favorecer a estrutura de contenção do poder punitivo. O juiz fundamenta a sua decisão, propiciando às partes conferir a construção do seu raciocínio e os motivos de seu convencimento.

Oliveira afirma “que a motivação judicial é a afirmação de um modelo processual garantista a partir do qual a possibilidade de defesa deve ser maximizada”.¹⁴⁷

Nesse sentido, Cavalieri entende que:

Propicia-se ao julgador, uma liberdade na apreciação da prova (e não uma arbitrariedade), formando o seu convencimento segundo a sua consciência, mas sempre observando os elementos constantes do conjunto fático-probatório dos autos, do qual não poderá perder de vista, sempre motivando toda a sua convicção.¹⁴⁸

Na **segunda parte** do mesmo artigo, quando ressalta que o juiz não poderá fundamentar sua decisão, exclusivamente, nos elementos informativos colhidos na investigação, isso quer dizer que o magistrado não deve levar em consideração, na sua fundamentação, as informações colhidas no inquérito, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Sendo essas provas lícitas e legítimas, poderão elas serem usadas na fundamentação da decisão condenatória, por se tratar de provas urgentes e que se exigiu produção imediata, ainda que produzidas em fase da investigação policial e sem as devidas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Porém, cabe ressaltar que a liberdade valorativa do magistrado não é absoluta. Num procedimento que preza pelos direitos e garantias do indivíduo, o livre convencimento é, na verdade, mais limitado do que livre.

Aponta Leone que essa liberdade não é plena na dimensão jurídico processual, pois não pode significar liberdade do juiz para substituir a prova (e, por conseguinte, a crítica valoração dela), por meras conjunturas ou, por mais honesta que seja, sua opinião.¹⁴⁹

Segundo Streck, na lógica dos limites, entende que:

¹⁴⁶ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 285.

¹⁴⁷ OLIVEIRA Eugenio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 306.

¹⁴⁸ CAVALIERI, Davi Valdetaro Gomes. **A admissibilidade das provas ilícitas no processo penal**. Rio Grande: Âmbito Jurídico, 2018. p. 3.

¹⁴⁹ LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963, v. 2. p. 157.

E assim deve sê-lo, pois trata de poder e, no jogo democrático do processo, todo poder tende a ser abusivo. Por isso, necessita de controle. Não se pode pactuar com o decisionismo de um juiz que julgue ‘conforme a sua consciência’, dizendo ‘qualquer coisa sobre qualquer coisa.’¹⁵⁰

De mais a mais, é de suma importância a fundamentação das sentenças, pois é através da motivação que é possível considerar o exercício da atividade jurisdicional.

Ramat, citado por Magalhaes Filho, afirma que “na democracia a opinião pública é o juiz natural da magistratura.”¹⁵¹

Sob pena de violação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, em regra, só a prova produzida em juízo pode servir para formar a convicção do juiz e fundamentar sua decisão, mas isso não afasta por completo a possibilidade de valoração de algumas provas produzidas na fase de investigação, oportunamente judicializadas.

Nesse sentido Calamandrei:

A fundamentação das sentenças é certamente uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num esboço topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão. Nesse caso, se a conclusão estiver errada, poder-se-á descobrir facilmente, através da fundamentação, em que etapa do seu caminho o juiz perdeu o rumo.¹⁵²

Por todo o exposto, a fundamentação serve para o efetivo controle da atividade jurisdicional.

4 (I) LICITUDE DA PROVA

4.1 DAS PROVAS ILÍCITAS

Intimamente ligado ao tema do instituto da cadeia de custódia da prova, entre os limites normativos da atividade probatória e o exercício do poder estatal, está a licitude da prova, como garantia de um processo penal justo.

Na Constituição Federal, em que prevalece a afirmação e a proteção dos Direitos e Garantias Fundamentais, o direito ao conteúdo probatório encontrou seu limite no que tange à inadmissibilidade das provas ilícitas, como forma de proteção à sociedade contra as investidas

¹⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. O sentido comum teórico dos juristas e o princípio da verdade real: o ponto de encontro do solipsismo com o arbítrio. **Revista de Estudos Criminais**, v. 44, 2012.

¹⁵¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 80.

¹⁵² CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 175.

arbitrárias e concentradas do Poder Público e a preservação das fontes de prova, contra a manipulação indevida dos instrumentos probantes pelas partes.

Antes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a sanção para cada tipo de prova corrompida dependia da natureza do direito violado. Se a prova era ilegítima, a sanção seria processual. Se a prova era ilícita, a sanção seria tão somente através do direito material.

Cabe ressaltar a distinção que existia entre provas ilícitas, ilegais, vedadas ou proibidas, que são a categoria *lato sensu*, nas quais podemos incluir as provas ilícitas *stricto sensu* e as provas ilegítimas.

Conforme Alexandre de Moraes:

“As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.”¹⁵³

Por prova ilícita em sentido estrito, o conceito é dado para designar a prova obtida em violação de norma legal ou constitucional de direito material.

Nesse sentido Tourinho salienta que: “existem outros meios que podem ser usados na obtenção da prova, desde que não atentem contra a moralidade ou violentem o respeito à dignidade humana”.¹⁵⁴

É ilícita a prova que, embora admitida no ordenamento, foi produzida em desconsideração às regras que a informam.

Quanto à prova ilegítima, é a prova obtida ou introduzida na ação penal por meio de violação de norma de natureza processual, como por exemplo, a exibição, em plenário do Tribunal do Júri, de prova relativa ao fato que a outra parte desconhecia e não teve acesso anteriormente. Essas provas descumprem uma norma de direito processual penal, gerando nulidades por vício de procedimento, sem afrontar direta ou indiretamente preceitos constitucionais. As provas ilegítimas, ao contrário das ilícitas em que o vício está na obtenção da prova, podem ser viciadas tanto na obtenção da prova como na produção da prova.

Nesse sentido, Grinover, Fernandes e Gomes Filho assim sintetizam a diferenciação entre as provas ilegítimas e ilegais:

¹⁵³ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.117

¹⁵⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 1. p. 311.

Acompanhando essa terminologia, diz-se que a prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida.¹⁵⁵

Torquato, conceitua prova ilegítima como sendo “aquelas que violam uma norma de direito processual penal (formalidades do processo) para sua produção”.¹⁵⁶

E prossegue o autor: “enquanto na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo, a prova ilícita pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre externamente a este”.¹⁵⁷

Para exemplificar, *perícia realizada por apenas um perito não oficial, ou seja, aquele que nomeado pelo delegado ou pela autoridade judicial na ausência de perito oficial* (art. 159, §1º do CPP); *reconhecimento judicial do réu realizado com inobservância das formalidades legais* (art. 226 do CPP).

Atualmente, a prova ilícita passou a implicar tanto uma sanção material quanto uma processual, ou seja, a sua não admissão no processo. Posteriormente, a inadmissibilidade das provas ilícitas tem como consequência o seu desentranhamento do processo.

A partir da Lei nº 11.690/2008, as provas ilícitas passaram a serem definidas no Código de Processo Penal, em seu art. 157, ‘caput’, como aquelas “obtidas em violação às normas constitucionais ou legais”, o que trouxe abalo a até então consagrada diferenciação entre provas ilegais, ilícitas e ilegítimas.

Acerca das provas ilícitas, Aury Lopes Júnior entende que:

A distinção se mantém, devendo o termo “provas ilícitas” se referir às provas que violaram a Constituição ou leis materiais. A diferença prática é que as ilegítimas podem ser repetidas e aproveitadas em Juízo, enquanto as ilícitas devem ser desentranhadas, sem possibilidade de serem reproduzidas.¹⁵⁸

A grande questão sobre a prova ilícita está nos limites normativos da atividade probatória e o poder estatal. Toda a prova deve ser submetida ao crivo do contraditório, bem como na lisura do procedimento quando da sua obtenção.

O Estado Democrático de Direito deve constituir um processo legal e justo quando da efetivação dos direitos e das garantias individuais e fundamentais.

¹⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 157.

¹⁵⁶ AVOLIO, Luis Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. São Paulo, RT, 2015. p. 50.

¹⁵⁷ Ibid, p. 43.

¹⁵⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 395.

O Poder Público, de maneira alguma, pode na persecução penal ultrapassar os direitos e as garantias individuais e fundamentais dos indivíduos.

É oportuno frisar, que os direitos fundamentais devem ser respeitados tanto pelo Poder Público como pelo particular quanto à obtenção e produção da prova penal.

O magistrado, por sua vez, na hora de decidir e fundamentar uma decisão, deve basear-se numa prova idônea, lícita, suficiente e técnica.¹⁵⁹

Entretanto, por mais categórico que seja nosso Código de Processo Penal, acerca da inadmissibilidade da prova ilícita, há certa flexibilização.

No atual regramento determinado pela Lei 11.690/2008, o Código de Processo Penal estabelece que as provas ilícitas deverão ser desentranhadas dos autos (art. 157, *caput* do CPP), e que preclusa a decisão de desentranhamento da referida prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultando às partes acompanhar o incidente (art. 157, §3 CPP).

Vê-se, portanto, que o Código de Processo Penal estabeleceu uma diligência judicial quando da ocorrência da ilicitude da prova acostada aos autos antes da fase sentencial. Ademais, em face do equilíbrio entre provas ilícitas e nulidades absolutas, resta evidente que a declaração de inadmissibilidade da prova pode ocorrer *ex officio* ou mediante manifestação da parte.

Considerando o desentranhamento da prova ilícita e a sua inutilização (art. 157, *caput* e § 3º do CPP), a grande questão que remanesce é relativa à (im)possibilidade de utilização da prova ilícita em favor do réu, já que uma vez desentranhada e inutilizada, não poderia ser analisada pelo julgador.

Ainda por não haver consenso doutrinário acerca dessas questões, por se tratar de tema novo, o legislador não expressamente determinada o desentranhamento imediato da prova declarada ilícita, pois milita no sentido de que em algum momento essa prova possa ser aproveitada em favor do acusado, em face do princípio da proporcionalidade.¹⁶⁰

Em verdade, para que ocorra a ilicitude, além do conteúdo material da norma afrontada com a obtenção da prova, se faz necessário que essa violação tenha acarretado, de forma direta ou indiretamente, ofensa a garantia ou princípio constitucional.

¹⁵⁹ JUNQUEIRA, Roberto de Rezende. Do livre convencimento do juiz e de seus poderes na aplicação das penas. Ministério Público de São Paulo. **RT 483/245 e ss e Justitia.**, v. 37, n. 88, p. 89, 1934.

¹⁶⁰ TEIXEIRA, Ana Paula Furlan. **Estudos das provas ilícitas no processo penal.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 124.

Para exemplificar, são hipóteses de afronta direta ao texto constitucional, as provas ilícitas: *interceptação telefônica sem ordem judicial* (violação do art. 5º, XII da Constituição Federal), *prova obtida mediante violação de correspondência lacrada* (art. 5º, XII da Constituição Federal), *busca e apreensão domiciliar sem ordem judicial, abstraídas as hipóteses de flagrante, desastre, socorro ou consentimento do morador*, acarretando violação do art. 5º, inciso XI da Constituição Federal.

Por outro lado, são hipóteses de afronta indireta ao texto constitucional, dispositivos infraconstitucionais com conteúdo material, ainda que inseridos em diplomas processuais, por exemplo: *interrogatório judicial do réu sem a presença do advogado* (violação do art. 185 do CPP c/c art. 5º, LV da CF) e, *interrogatório judicial do réu sob coação* (violação do art. 186 do CPP c/c art. 5º, LXIII da CF).

O tema é complexo e exige muita cautela no trato, pois mesmo sendo a nossa Constituição categórica no sentido de não admissibilidade da prova ilícita, tanto a doutrina como a jurisprudência flexibilizam essa regra.

4.2 DA INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

O direito brasileiro e nossa constituição adotam o princípio da ilicitude absoluta da prova, segundo a qual a declaração de ilicitude contamina não apenas a prova diretamente obtida por meio ilícito, como também as derivadas.

A inadmissibilidade encontra amparo principalmente naquelas provas que foram obtidas em violação de direitos constitucionais assegurados a todos os indivíduos.

Grinover, nesse sentido assinala que:

Se a finalidade do processo não é de aplicar pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável. O método através do qual se indaga deve constituir, por si só, um valor, restringindo o campo em que se exerce a operatividade do juiz.¹⁶¹

No mesmo passo, Prado aduz que a restrição quanto aos meios utilizados para a obtenção de provas, no processo penal, refere-se ao conjunto de valores sociais considerados no 'estatuto ético da sociedade'.¹⁶²

¹⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 80.

¹⁶² PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 151.

Pela inadmissibilidade absoluta, seus defensores são aqueles que seguem literalmente o que determina o art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal, onde está previsto que *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*. Dessa forma, toda a atividade que busca a solução de um confronto deve ser direcionada e desenvolvida de acordo com as garantias asseguradas neste diploma.

Essa teoria encontra repercussão principalmente porque visa a tutelar direitos e garantias individuais, como a intimidade, a privacidade, a imagem, a inviolabilidade do domicílio e, inclusive, a qualidade do material probatório que será analisado.

Nesse sentido, nas palavras de Fernandes:

Exigência especial do direito à prova dimanada de visão mais abrangente da atualidade, que nele inclui o 'direito à prova legitimamente obtida ou produzida'. Em decorrência desse direito pode a parte exigir do juiz que não permita o ingresso ou a permanência nos autos de prova ilícita produzida pela parte contrária, ou, de maneira mais ampla, que haja a 'exclusão das provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes'.¹⁶³

Dessa forma, regendo o preceito constitucional, o Código de Processo Penal, no seu art. 157, dispõe que *são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo as provas ilícitas, assim entendidas às obtidas em violação às normas constitucionais ou legais*.

Assim, quando da utilização e da obtenção das provas no âmbito do processo penal sem a observância de preceitos constitucionais, acarreta ofensa ao princípio do devido processo legal.

Nesse sentido, Mendes assevera com propriedade que:

O devido processo legal atua, nesses casos, com dupla função: a de proibição de provas ilícitas e a de garantia da ampla defesa do acusado. Na solução dos casos concretos, há que se estar atento, portanto, para a ponderação entre ambas as garantias constitucionais. A regra da inadmissibilidade de provas ilícitas não deve preponderar quando possa suprimir o exercício da ampla defesa pelo acusado, sob pena de se produzir um verdadeiro paradoxo: a violação ao devido processo legal (ampla defesa) com fundamento de proteção do próprio devido processo legal (inadmissibilidade de provas ilícitas).¹⁶⁴

Como já dito antes, quanto à proibição de tais provas, o que se busca na aplicação do princípio que proíbe as provas ilícitas, é garantir que o Estado, quando da persecução penal, não possa agir fora da lei e jamais pode se sobrepor aos direitos e garantias dos indivíduos.

Nesse sentido, Igor Luis Pereira:

¹⁶³ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 81.

¹⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 642.

[...]A atividade probatória dos órgãos estatais do sistema penal deve observar os ditames da constituição e da lei, para que a segurança não se confunda com o arbítrio e a tirania. Aceitar provas ilícitas é sacrificar a liberdade e eleger como fim uma “segurança pública” que tem como meio uma persecução penal ilimitada, que pode realizar algo além da lei para atingir a condenação do ser humano.¹⁶⁵

Nossa doutrina como a jurisprudência possuem duas vertentes. A *primeira*, os que defendem pela admissibilidade das provas ilícitas, a fim de encontrar a verdade aproximada e o livre convencimento do juiz. Já a *segunda* corrente, impede a possibilidade de admitir provas ilícitas no âmbito processual, pela impossibilidade de se aceitar algum comportamento que seja ilícito, ou então permitir que o infrator se aproveite de uma infração.

A justificativa pela inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito está para que a violação de alguma norma jurídica cause a infringência ao ordenamento. Assim, devem as partes administrarem a produção das provas de forma moral e sem que ofenda os direitos de intimidade ou liberdade de um indivíduo.

A proibição do uso dessas provas visa a resguardar os direitos e garantias do indivíduo, como por exemplo, o direito à privacidade e intimidade, enfim, direitos que geralmente são violados durante as investigações. Assim, além de vedar a prova ilícita do processo, é também evitar a sua obtenção por meios ilícitos ou métodos em que a idoneidade da prova seja duvidosa. Um exemplo disso é a confissão obtida mediante tortura, encontra-se prescrita a sua vedação no artigo 5º, III da Constituição Federal.

Entretanto, sabe-se que nenhuma regra constitucional é absoluta, e tanto a doutrina como a jurisprudência, vem provando este dispositivo, buscando as soluções que existem entre os bens e valores jurídicos que estão em conflito, com o fim de ser admitida ou não a prova ilícita, cabendo ao juiz analisar o caso concreto.

4.3 DAS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

As provas ilícitas por derivação são aquelas que, embora lícitas na sua essência, decorrem de uma prova considerada ilícita. Um bom exemplo disso é a confissão extorquida mediante tortura, ou seja, a origem desta suposta confissão/informação que foi colhida ilicitamente, resulta numa prova inutilizável para o processo.

¹⁶⁵ SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios penais**. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 323.

Assim, “a prova ilícita por derivação, mesmo que tenha aparência legal quando isoladamente considerada, estará contaminada em sua origem. É o denominado efeito expansivo da ilicitude ou prova reflexa”.¹⁶⁶

Fernandes elucida que admitir o uso da prova derivada consistiria em aceitar a violação de direitos fundamentais da pessoa humana:

Há orientação no sentido da inadmissibilidade da prova derivada e que leva em conta precipuamente o resguardo da pessoa humana e a unidade do ordenamento jurídico. Sua aceitação constituiria estímulo à violação de direitos fundamentais da pessoa humana. Funda-se na teoria dos frutos da árvore envenenada do Suprema Corte e que, entre nós, tem razoável aceitação.¹⁶⁷

As provas ilícitas por derivação, tem reconhecimento com base na teoria dos “frutos da árvore envenenada”. Se a árvore estiver contaminada, seus frutos também estarão envenenados. A prova produzida pode ser boa, mas foi contaminada por outra viciada. Qualquer prova que decorra direta e essencialmente de prova ilícita, por consequência e de maneira inevitável será considerada prova ilícita por derivação.

Com o objetivo de traçar um contexto histórico, sobre a Teoria da Árvore dos frutos envenenados:

Tem sua origem no caso *Silverthone Lumber & Co. v United States*, em 1920, tendo a expressão *fruits of the poisonous tree* sido cunhada pelo Juiz Frankfurter, da Corte Suprema, no caso *Nardone v United States*, em 1937. Na decisão, afirmou-se que ‘proibir o uso direto de certos métodos, mas não pôr limites a seu pleno uso indireta apenas provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com padrões éticos e destrutivos da liberdade individual.¹⁶⁸

O objetivo dessa teoria é evitar o uso de uma prova obtida por procedimentos ilegais, bem como seria inconciliável utilizar-se dessas provas alcançadas por meio deste tipo de informações.

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América assim decidiu:

Havendo uma origem ilícita, v.g. uma investigação eivada de inconstitucionalidade, toda a prova decorrente desta, mesmo que não ilícita em si, não poderá ser admitida, pois já estaria contaminada. É a aplicação do princípio *Exclusionary Rule*, já adotado no voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da Ação Penal 307-3, no STF.¹⁶⁹

O Código de Processo Penal Brasileiro não faz distinção entre prova ilícita e ilegítima, consagrando as duas espécies sob um mesmo conceito de prova ilícita.

¹⁶⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015. p. 180.

¹⁶⁷ SCARANCA FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 96.

¹⁶⁸ PIEROBOM ÁVILA, Thiago André. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007. p. 152.

¹⁶⁹ JULGAMENTO DE *Silverthone Lumber Co, vs USA* em 1920.

No art. 157 afirma que *são inadmissíveis as provas ilícitas*; depois, no §1º do art. 157, considera *também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas*. Entretanto, seguindo o parágrafo, abre uma exceção, *quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas ou outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma forma independente das primeiras*. Com isso, a última exceção relativiza a proibição das provas ilícitas.

Quando uma prova ilícita comprometer a proteção de valores fundamentais da pessoa humana, essa ilicitude da prova há de contaminar a prova dela referida, tornando-a ilícita por derivação e, portanto, igualmente inadmissível no processo.¹⁷⁰

O legislador faz uma ressalva chamada ‘fonte independente’. Dá-se validade à prova derivada, desde que não evidenciado *o nexo de causalidade entre uma e outras* ou *quando as derivadas puderem ser obtidas por fonte independente das primeiras*.

A teoria da fonte independente prognostica a produção de uma prova viciada na origem pela ilicitude e de outra, sem qualquer ligação de dependência com ela, sendo inexistente qualquer relação de causalidade entre as duas.

Para explicar a fonte independente, caso interessante ocorreu na decisão *State vs O'Brenski* em 1967 da Suprema Corte Norte Americana, na qual uma menina de 14 anos foi encontrada no domicílio do suspeito de delito sexual por ocasião de uma busca e apreensão ilícita. Apesar da diligência ter sido considerada como prova ilícita (não havia mandado de busca e apreensão ou de prisão), a Corte entendeu que o depoimento da menina não havia sido contaminado, pois a descoberta de seu paradeiro não decorreu diretamente da busca e apreensão, uma vez que a polícia já havia sido informada previamente do seu local em razão de informações prestadas por um informante, o que configuraria uma fonte independente.¹⁷¹

O Supremo Tribunal Federal¹⁷², por sua vez, ao utilizar a teoria da árvore dos frutos envenenados, reconhece a existência de provas independentes da prova considerada ilícita, sendo, assim, consideradas lícitas. As provas autônomas (*independent source*) e em descobertas inevitáveis (*inevitable Discovery*), portanto, são exceções da proibição da prova ilícita.

¹⁷⁰ AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônica clandestinas. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003. p. 71.

¹⁷¹ AMBOS, Kai. A teoria do efeito extensivo no direito processual penal estadunidense e sua aplicação ao processo penal alemão. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (coord.). **Proibições probatórias no processo penal**: análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 55.

¹⁷² SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, HC 90.376, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 03.04.2007.

Como se observa, a teoria dos frutos da árvore envenenada vem sendo mitigada em determinados casos, visando a evitar impunidade, pois muitas vezes, a persecução penal resta prejudicada face à presença de elementos probatórios iniciais advindos de meios ilícitos.

Assim, temos a *fonte independente*, que além da prova ilícita, um outro elemento de convicção licitamente produzido conduz ao objeto da prova em análise. O art. 157 e seus parágrafos não adotam ou fazem diferença substancial e correta do tipo de fonte de prova, se ela é independente ou inevitável.

As provas ilícitas, como da mesma maneira todas aquelas delas derivadas, são constitucionalmente inadmissíveis, devendo, pois, serem desentranhadas da demanda, não tendo, porém, o condão de anulá-lo, permanecendo válidas as demais provas lícitas e autônomas delas não decorrentes.

No mesmo passo, observa Gomes Filho:

Ao dizer que ‘considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova’, acaba a disposição analisada por abrir as portas para que, sob este fundamento, toda e qualquer prova derivada de outra ilícita venha a ser convalidada.¹⁷³

Temos ainda o que se entende pela *contaminação expurgada*, quando um acontecimento posterior elimina a ilicitude da prova viciada. Nesta, embora a prova derivada seja originada de uma prova ilícita, ocorre um episódio posterior eliminando o vício, podendo ser, portanto, aproveitada a prova.

Mendonça exemplifica essa teoria da seguinte forma:

Apresenta o caso *Wong Sun v. U.S.* (1963)¹⁷⁴. Nesse caso, policiais de uma delegacia teriam entrado em um domicílio sem quaisquer indícios para tanto, prendendo ilegalmente “A”, o qual forneceu a informação de que teria adquirido a prova de “B”. Com isso, “B” também foi preso ilegalmente e além disso, “B” informou que “C” seria o vendedor, o que acarretou também a prisão ilegal de “C”. Posteriormente, “C”, depois de ter sido solto, procurou a Polícia e confessou o seu envolvimento com o crime. A Suprema Corte declarou ilícita a prova para “B”, mas não a confissão feita por “C”, já que a confissão posterior teria afastado a ilicitude, atenuando a conexão entre a prisão ilegal de “C” e a sua confissão.

¹⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 116.

¹⁷⁴ JUSTIA. *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471. 1963. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/>. Acesso em: 1 nov. 2021.

A Lei nº 11690/08, responsável pela reforma do Código de Processo Penal, adotou a teoria em questão. Sendo assim, deve restar pacificado o entendimento acerca da aplicação dessa teoria no processo penal, em proteção aos direitos e garantias fundamentais.¹⁷⁵

E, por fim, a *descoberta inevitável*, no caso em que a prova será considerada admissível se evidenciado que ela seria inevitavelmente descoberta pelos meios legais.

Aury Lopes cita o caso norteamericano *Nix vs Williams*, ocorrido em 1984, para ilustrar:

O acusado matara uma criança e escondera seu corpo. Foi realizada uma busca no município, com 200 voluntários, divididos em zonas de atuação. Durante essa busca, a polícia obteve ilegalmente a confissão do increpado, que especificou o local onde ocultara o corpo, sendo ele efetivamente encontrado no local indicado. Contudo, pela sistemática das buscas realizadas, em poucas horas os voluntários também encontraram o cadáver, motivo pelo qual a descoberta foi considerada inevitável e, portanto, válida a prova.¹⁷⁶

Ou seja, a teoria dos frutos da árvore envenenada, como exposto acima, comporta limitações, construídas pela própria jurisprudência norte americana, quais sejam, limitação da fonte independente, limitação da contaminação expurgada e limitação da descoberta inevitável.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal proferiu incitante decisão sobre a prova ilícita e, especialmente, sobre a *independent source*, no julgamento RHC90.376/RJ¹⁷⁷, relator Celso de Mello. No caso em comento, tratava-se de uma busca e apreensão realizada num quarto de hotel, de materiais e equipamentos, sem mandado judicial. O Supremo entendeu que quarto de hotel merece a mesma proteção de inviolabilidade de ‘casa’, nos termos da Constituição, sendo ilícita a prova produzida e sustentou a exclusão da prova originalmente ilícita e de todas delas derivada.

Por fim, cabe consignar que ambas as teorias (encontro inevitável e fonte independente), dizem respeito ao nexos causal e podem mitigar e muito a teoria da contaminação, o que merece reflexão, pois a prova ilícita deve sim ser desentranhada dos autos, caso seja ela ilícita, de forma que somente dessa maneira, garante-se a efetividade ao *due process of law*, bem como salvaguarda os direitos e prerrogativas que assistem ao acusado.

4.4 ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

¹⁷⁵ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas Ilícitas**: limites à licitude probatória. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris Editora, 2004.

¹⁷⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 601.

¹⁷⁷ <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757640/recurso-em-habeas-corpus-rhc-90376-rj> Acesso em 06 de janeiro de 2022.

Entende a doutrina que a vedação constitucional da utilização das provas ilícitas é mitigada pelo princípio da proporcionalidade.

Para os doutrinadores que são adeptos em admitir essa corrente, isso se dá quando esta for a única possibilidade capaz de proteger o indivíduo de seus valores fundamentais.

No Brasil, essa corrente é adotada de forma tímida, com reservas e, sobretudo, nas questões de direitos de família. Em matéria penal são raras decisões.¹⁷⁸

Esse inibido posicionamento em relação à aplicação da presente teoria, decorre da falta de segurança jurídica que ela pode proporcionar, face ao caráter evado de subjetividade que fundamentará a decisão do Julgador.

Nesse sentido, Aury entende que o perigo dessa teoria é imenso, na medida em que o próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor.¹⁷⁹

No âmbito do processo penal, verdadeiros conflitos entre bens e direitos constitucionalmente protegidos ocorrem, casos em que a restrição a direito ou garantia fundamental é determinada para fazer cessar uma atividade lesiva a um direito ou bem, também garantidos constitucionalmente.

Assim, quando a intervenção em um direito fundamental objetivar a interrupção de uma atividade lesiva a um bem ou direito, também constitucionalmente protegidos, será resolvida pela ponderação de interesses, com base no princípio constitucional da proporcionalidade. Atendidas as máximas parciais do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), a restrição ao direito ou bem constitucionalmente protegido será legítima”.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Constitucional e Processual Penal. "habeas corpus". Escuta telefônica com ordem judicial. Reu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso lvi do art. 5. Da constituição, que fala que 'são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito', não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria constituição federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da 'atualização constitucional' (verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do supremo tribunal federal, não é tranquila. Sempre é invocável o princípio da 'razoabilidade' (reasonableness). O 'princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas' (exclusionary rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada. Decisão: por unanimidade, denegar a ordem de "habeas corpus". Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma, HC 3982 / RJ.

¹⁷⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 447.

¹⁸⁰ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2006. p. 164.

A barreira constitucional da utilização processual das provas ilícitas é mitigada pelo princípio da proporcionalidade. Deve haver ponderação entre interesses e valores de natureza e abrangência comparável.

Na Alemanha, em caráter excepcional, e para casos de elevada gravidade, os tribunais têm permitido valorar a prova ilícita, como forma de tentar equilíbrio possível entre valores contrastantes. Adota-se a teoria do sacrifício, “segundo a qual, no caso concreto, deve prevalecer aquele princípio que parecer o mais importante”.¹⁸¹

Explorando o princípio da proporcionalidade, este tem por escopo, solucionar eventual conflito de direitos fundamentais. Nesse sentido, Suzane de Todelo afirma que:

O princípio da proporcionalidade, como uma das várias ideias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento justamente aí, nesse contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de garantia especial, traduzida na exigência de que toda a intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização de vários direitos fundamentais concorrentes.¹⁸²

E, seguindo o mesmo entendimento, Steinmetz sustenta que a proporcionalidade é utilizada para situações em que preceitos insculpidos da Constituição Federal estão em conflito na prática jurídica:

Tratando-se, no caso concreto, de uma colisão de normas constitucionais, normas de mesma hierarquia, ambas válidas, a decisão normativa final, legislativa ou judicial, deverá atender ao imperativo da otimização e da harmonização dos direitos que elas conferem, observando-se os postulados da unidade da Constituição e da concordância prática. [...] a ponderação de bens é o método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito, o método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida prevalecerá, solucionando a colisão.¹⁸³

Como podemos observar, a partir da teoria da proporcionalidade, admite-se a prova ilícita para corrigir possíveis distorções ou para evitar resultados desproporcionais, injustos e até repugnantes. Além disso, apesar de reconhecer a inconstitucionalidade de determinadas provas, o princípio permite ao magistrado admitir a prova ilícita, sacrificando até mesmo algum valor insculpido na Constituição, para acolher o caminho mais justo e equilibrado entre os valores fundamentais.¹⁸⁴

¹⁸¹ SOUZA NETO, José Laurindo. **Processo Penal**: sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2006. p. 71.

¹⁸² BARROS, Suzane Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996. p. 85.

¹⁸³ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 140.

¹⁸⁴ BERGMANN, Érico R. **Prova ilícita. A Constituição de 1988 e o Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público – AMP, 1992. p. 16.

De mais a mais, é sempre importante atentar aos limites quando da aplicação do princípio da proporcionalidade no contexto da prova.

Há de se ter muito cuidado na aplicação do princípio da proporcionalidade no contexto probatório e seus respectivos limites. A ponderação somente deve ocorrer quando for entre interesses e valores de densidade e abrangência comparável. Ou seja, não se pode ponderar uma garantia concreta (vedação da utilização em processos criminais de prova ilícita) com interesses abstratos (defesa da sociedade, combate à criminalidade, fim da impunidade), para afastar a primeira, sob pena de se negar, em concreto, a própria normatividade constitucional.¹⁸⁵

Assim, consiste esta teoria da proporcionalidade, em breve síntese, numa construção doutrinária e jurisprudencial, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre valores constitucionalmente relevantes postos em confronto.

4.5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE *PRO REO*

Com o objetivo de assegurar o direito à ampla defesa do acusado, tanto a doutrina como a jurisprudência, admitem a prova ilícita *pro reo*.

Para tanto, o Julgador terá que ponderar os bens jurídicos constitucionais envolvidos no conflito (direitos individuais e interesse da coletividade).

Quem explica é Oliveira:

O princípio da inadmissibilidade da prova ilícita constitui ‘em garantia individual expressa, não podendo ser utilizado contra quem é o seu primitivo e originário titular’, sendo que tal violação de direitos, em busca da prova de sua inocência, poderá ser considerada um estado de necessidade, excludente de ilicitude. Refere o autor que o ingresso de provas obtidas por meios ilícitos é autorizado pela ampla defesa, podendo ser obtida pelo próprio réu ou por terceiros, mesmo sem o seu conhecimento.¹⁸⁶

A jurisprudência majoritária admite a prova ilícita produzida pelo réu quando for a única forma de sustentar a sua inocência.

Para Greco Filho apud Scarance Fernandes, “uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria a absolvição de um inocente (...) teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum preceito legal”.¹⁸⁷

¹⁸⁵ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e Verdade**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 64.

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 312.

¹⁸⁷ SCARANACE FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999. p. 81.

Quem comunga dessa corrente, entende que para salvaguardar um interesse legítimo do réu, como a liberdade, se justifica sua utilização.

Nesse sentido Lopes Jr, ao tratar da proporcionalidade *pro reo*, refere que “a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência)”.¹⁸⁸

Não se trata de considerar lícita uma prova ilícita. A ilicitude da prova persiste, apenas é utilizada esta, em favor do demandado.

Segundo Gomes Filho:

No confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental e o direito à prova da inocência parece claro que deva este último prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição de um inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado; é nesse sentido, aliás, que a moderna jurisprudência norte-americana tem afirmado que o direito à prova de defesa é superior.¹⁸⁹

Assim, no balanceamento entre os direitos envolvidos, tem-se que é considerável e proporcional utilizar a prova ilícita em favor de pessoa injustamente acusada para fim de comprovar sua inocência.

Ademais, deve-se recordar que o réu estaria, quando da obtenção da prova ilícita, acobertado pelas excludentes da legítima defesa ou estado de necessidade, conforme o caso. Assim, tais excludentes afastariam a ilicitude da conduta e, conseqüentemente, legitimaria seu uso na demanda.

Nesse sentido, Rangel aponta acertadamente que:

O acerto da aplicação da chamada teoria da exclusão da ilicitude, em que a conduta do réu ao obter a prova ilícita está amparada pelo direito (causa de exclusão da ilicitude) e, portanto, essa prova não pode mais ser considerada ilícita. Assim, por exemplo, pode ser admitida a interceptação telefônica feita pelo próprio réu, sem ordem judicial, desde que destinada a fazer prova de sua inocência em processo criminal que busca a sua condenação. Ou, ainda, quando comete um delito de invasão de domicílio ou violação de correspondência, para buscar elementos que demonstrem sua inocência, estaria ao abrigo do estado de necessidade, que excluiria a ilicitude de sua conduta e conduziria à admissão da prova.¹⁹⁰

Necessário aqui ressaltar que o caráter ilícito da prova permanece. Ou seja, a mesma prova ilícita, que de alguma forma serviu para a absolvição de um inocente, não pode ser

¹⁸⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1. p. 540.

¹⁸⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 106.

¹⁹⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002. p. 431.

utilizada contra terceiros, uma vez que essa prova ilícita, de forma singular e ímpar, está sendo admitida para evitar injusta condenação penal.

Aury Lopes, ao abordar tal questionamento, se posiciona no sentido de que não poderá ser utilizada a prova para condenar terceiro, pois essa prova continua revestida com a ilicitude, sendo apenas admitida, excepcionalmente, num determinado processo e *pro reo*.¹⁹¹

Assim, o princípio da proporcionalidade a favor do réu vem sendo utilizada nos nossos Tribunais visto que, seria inaceitável excluir uma prova do processo, quando esta seja de extrema importância para a liberdade de alguém ou para provar sua inocência.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou a favor da licitude da gravação de conversa telefônica, realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, desde que em determinadas circunstâncias. O caso de relatoria do Ministro Moreira Alves, o Tribunal Excelso considerou lícita a gravação e divulgação de conversa telefônica sem o conhecimento de terceiro que pratica o crime, desde que praticada em legítima defesa.¹⁹²

O Superior Tribunal de Justiça, da mesma forma, afirma não há que falar em ilicitude da prova que se consubstancia na gravação de conversação telefônica por um dos interlocutores, vítima, sem o conhecimento do outro, agente do crime. Recurso improvido.¹⁹³

Assim, a prova obtida com a violação de direitos fundamentais deve ser aceita pelo órgão julgador através da aplicação do princípio da proporcionalidade, desde que esta se reserva a provar a inocência do acusado e seja a única forma de que este dispõe. Qualquer que seja a excludente de antijuridicidade (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal), o fato é que, na admissão de provas ilícitas *pro reo*, há a ponderação de interesses. Ademais, o princípio da proporcionalidade legitima a conduta violadora de direito substantivo, de maneira que a prova obtida não é ilícita, apesar de formalmente violar uma norma jurídica.

194

5 A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Quando ocorre um crime, uma das principais atividades do Poder Público é buscar por vestígios e, conseqüentemente, sua preservação e isolamento, para assegurar que o conjunto

¹⁹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1. p. 542.

¹⁹² HC 74.678, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15/08/1997.

¹⁹³ STJ, HC n. 12.266/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 20/10/2003.

¹⁹⁴ ÁVILA, Thiago André Pierobom de, **Provas ilícitas e proporcionalidade**, Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2007.p. 205.

probatório seja preservado. O adequado reconhecimento, isolamento e preservação do local de crime, bem como a coleta, acondicionamento, transporte e recebimento das provas, são essenciais para evitar que haja interferências capazes de corromper o resultado da atividade probatória. Toda vigilância do vestígio e da prova é essencial para assegurar sua autenticidade e de alguma forma auxiliar na elucidação do fato delituoso e determinar a autoria e a materialidade. Todo o vestígio que possui relação com o fato investigado torna-se evidência ou indício.

A cadeia de custódia da prova é um sistema de proteção ou guarda dos elementos materiais encontrados na investigação, para que ocorra a entrega integral e intacta dessa prova às autoridades policial ou judiciária.

Diante disso, instrumentos de controle de licitude probatória devem ser incorporados aos métodos investigativos.

E como se sabe, para que as evidências sejam admitidas como prova no processo penal, há um protocolo rígido a ser seguido e a necessidade de serem respeitados cuidados técnicos e normativos quando do recolhimento, manuseio, manipulação e armazenamento. Os vestígios e as provas devem seguir procedimentos estabelecidos em lei, visando a identifica-los e a preservá-los, de forma a manter sua confiabilidade e higidez.¹⁹⁵

Desse modo, a prova penal é um dos principais elementos para o processo, pois atua como uma ponte entre os fatos e o direito.

Nos dizeres de Edinger:

Em razão de as provas serem o elementos central de informação e verificação dos fatos passados, a sua autenticidade, fidedignidade e confiabilidade devem ser cristalinas e inquestionáveis. A prova conta com um viés legitimador do processo, pois é ela que estabelece parâmetros para que não se produza matéria fática não correspondente com a realidade apurada, afastando o subjetivismo das decisões judiciais.¹⁹⁶

E é neste contexto que se insere o Instituto da Cadeia de Custódia da prova, que surge como a garantia da fidedignidade dos vestígios coletados e examinados, tendo em vista que no processo penal a verdade e a prova são colocadas em destaque dada a sua notoriedade. Assim, uma prova hígida e devidamente custodiada, visa fundamentalmente coibir arbitrariedades e,

¹⁹⁵ ROSA, C.T.A. Locais de crime contra a pessoa: recomendações técnicas para a padronização de procedimentos e metodologias. In: TOCCHETO, D.; ESPINDULA, A (orgs.) **Criminalística: procedimentos e metodologias**. 3. ed. Campinas: Millenium, 2015, p. 1-84.

¹⁹⁶ EDINGER, Carlos. **Cadeia de Custódia, rastreabilidade probatória**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 24, n. 120, maio/jun.2016. p. 239.

consequente, a garantia de um processo legal, justo e de maneira a reduzir ao máximo os efeitos perversos de intervenções investigativas e poderes coercitivos inadequados.

5.1 CONCEITO

O Instituto da Cadeia de Custódia da prova, importante inovação trazida pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), inserindo no Código de Processo Penal, no artigo 158, alíneas A até F. Apresenta-se ao mundo jurídico, numa perspectiva contemporânea do instituto, o que podemos chamar como um sistema de segurança e controle junto à prova, demonstrando que o legislador está atento à globalização e aos desafios inerentes à prova penal e à relevância de sua higidez, para os fins de um processo penal justo e democrático.

Trata-se, sem dúvida, de importante ferramenta para a constatação da integralidade de informações, identidade e autenticidade dos vestígios delituosos.

O conceito de cadeia de custódia está no artigo 158-A, *caput* do Código de Processo Penal, conforme dispõe que 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.¹⁹⁷

O instituto da cadeia de custódia da prova aparece como um sistema de controle epistêmico substancial para reestruturar a história dos fatos, através do registro documentado de toda a cronologia do objeto, o seu movimento, a sua localidade e o seu armazenamento, indispensável para a efetiva justiça.

Seguindo esse raciocínio, Prado define “a cadeia de custódia nada mais é do que um dispositivo dirigido a assegurar a fiabilidade do elemento probatório, ao colocá-lo sob proteção de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória”.¹⁹⁸

A cadeia de custódia busca obter dados autênticos e fiéis, estabelecendo métodos de preservação da prova coletada, com o manejo adequado e o resguardo das particularidades de cada prova.

Para Edinger, a definição de cadeia de custódia é:

¹⁹⁷ JUSBRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. **Artigo 158A do Decreto lei nº 3689 de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/250911206/artigo-158a-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>. Acesso em: 1 nov. 2021.

¹⁹⁸ 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. 86.

Cadeia de custódia é composta de elos, que dizem respeito a um vestígio que, por sua vez, eventualmente, será considerado como prova. Um elo é qualquer pessoa que tenha manejado esse vestígio. É dever do Estado e, também direito do acusado, identificar, de maneira concreta e coerente, cada elo, a partir do momento no qual o vestígio foi encontrado. Assim, fala-se em cadeia de custódia íntegra quando se fala em uma sucessão de elos provados. Cada um deles proporciona a viabilidade do desenvolvimento do seguinte [elo], de forma a proteger a integridade de um vestígio do local do crime ao seu reconhecimento como prova material, até o trânsito em julgado.¹⁹⁹

O instituto da cadeia de custódia é entendida como um sucessão de elos concatenados, que torna possível proteger a integridade da prova penal e do vestígio desde o local do crime até a sua apreciação em juízo. Todo o evento devidamente documentado e registrado, de forma pormenorizada, permite a rastreabilidade da prova, como também visa a garantir fiabilidade e higidez probatória.²⁰⁰

Toda a documentação ininterrupta da prova penal, desde a sua coleta até a sua juntada aos autos, possibilita verificar quais foram as pessoas que tiveram contato com o elemento custodiado, quais as características que foram devidamente mantidas, de forma a reconstruir a história cronológica dos fatos, da maneira mais fidedigna possível.²⁰¹

Doran, por sua vez, leciona que “a cadeia de custódia é um processo usado para manter e documentar a história cronológica da evidência. Esse processo deve resultar num produto: a documentação formal do processo”.²⁰²

Como podemos observar, o instituto da cadeia de custódia tem por objetivo basilar, a garantia de um devido processo legal, bem como todos os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e, principalmente a prova lícita (resultado da cadeia de custódia hígida). A cadeia de custódia deve ser suficiente a suplantar dúvidas razoáveis, do contrário será ela inadmissível.

Pode-se entender, então, que o instituto da cadeia de custódia cuida da cronologia dos vestígios coletados a fim de elucidar o fato, estabelecendo procedimentos que garantam a confiabilidade de todo material manuseado. E nesse contexto fica claro o porquê da palavra cadeia ser usada neste conceito, por haver a ligação de ações, elos e um concatenado de

¹⁹⁹ EDINGER, Carlos. **Cadeia de Custódia, rastreabilidade probatória**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 24, n. 120, maio/jun.2016. p.237/258.

²⁰⁰ DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. Cadeia de Custódia: do local do crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. **Revista dos Tribunais**. v. 98. n. 883, maio/2009. p. 436-451.

²⁰¹ BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. *In*: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (orgs.). **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 513.

²⁰² DORAN, Robert A. **Exploring the links in the chain of custody**. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/66568187/Exploring-the-Links-in-the-Chain-of-Custody>. Acesso em: 1 nov. 2021.

procedimentos que se sequenciam e que se ligam com a finalidade de garantir um resultado lógico e possível de ser verificado.

A garantia de uma cadeia de custódia da prova penal, devidamente preservada, com o registro cronológico e minucioso de toda a manipulação dos elementos probatórios e custodiados e sem sofrer alterações, com certeza se configura como uma atividade de caráter único e indispensável para a aplicação da justiça. Isso se reflete numa sentença de melhor qualidade e atento à garantia de um processo justo e legal.²⁰³

O que se persegue com a preservação das provas e a observância a todas as etapas da cadeia de custódia é genuinamente o fato e sua essência, como também estabelecer o mecanismo de prospecção e preservação das provas que deverão ser submetidas ao contraditório e que devem estar disponíveis para as partes no processo.

O instituto da cadeia de custódia abarca todo o percurso da prova. Há uma preocupação com a possibilidade de rastreio dos elementos de prova. Ademais, ao se viabilizar aos demandados maiores detalhes do percurso da prova, maior será a autenticidade dessa prova.

Nesse passo, não há dúvidas de que cada indivíduo que tiver contato com o elemento colhido se torna uma espécie de ‘garante’ de sua conservação e preservação, razão pela qual é imperiosa a documentação cronológica deste percurso.²⁰⁴

As provas colhidas são fundamentais, pois permitem através delas a reconstrução aproximada da verdade, com o objetivo de convencimento do juiz. A prova tem como objetivo reconstruir a ocorrência de um *factum criminis*, ou seja, nada mais nada menos que fragmentos de uma circunstância ocorrida. Por tal motivo, a necessidade de se respeitarem os devidos cuidados técnicos e normativos quando da coleta, apreensão, manuseio, manipulação da prova, para que essa possa esclarecer de forma mais fidedigna possível.

Sabe-se que a verdade real não existe no plano do processo crime, até porque no mundo físico a verdade real esgota-se minuto a minuto e jamais poderá ser reconstruída no processo.²⁰⁵

O conjunto probatório são os meios através dos quais se fará a reconstrução do fato crime que está no passado. E a cadeia de custódia busca garantir a preservação das provas, de forma autêntica e hígida, para que a reconstrução aproximada desse crime seja possível e de forma segura.

²⁰³ AZEVEDO, Yuri; VASCONCELOS, Caroline Regina Oliveira. **Ensaio sobre a cadeia de custódia da prova no processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 101.

²⁰⁴ FIGUEROA NAVARRO, María del Carmen. El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia. **La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciário**. Madrid, v. 8, n. 84, jul./ago. 2011. p. 7.

²⁰⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Cadeia de Custódia da Prova**. 2. ed, Portugal: Almedina, 2020

Nessa perspectiva, está o instituto da cadeia de custódia da prova penal para preservação da prova. A cadeia de custódia deve ser composta pelo menor número de custodienses. Quanto menor a manipulação, menor os riscos de alteração.²⁰⁶

A definição de cadeia de custódia, segundo Espíndula:

A cadeia de custódia é a sequência de proteção ou guarda dos elementos materiais encontrados durante uma investigação e que devem manter resguardadas as suas características originais e informações sem qualquer dúvida sobre a sua origem e manuseios. Pressupõe o formalismo de todos os seus procedimentos por intermédio do registro do rastreamento cronológico de toda a movimentação de alguma evidência.²⁰⁷

A cadeia de custódia é a preservação, na sua integralidade, de toda e qualquer prova que tenha relação com o fato. São sucessivos elos, que devem ser respeitados e que dizem respeito a um vestígio que, por ventura, poderá ser considerado uma prova. Está umbilicalmente ligada ao direito de defesa e à segurança de uma acusação justa.

Entende-se que o instituto da cadeia de custódia é todo o caminho percorrido pelo elemento prova, evitando qualquer tipo de manipulação indevida, para que esta seja admitida no processo penal.

A respeito do tema, Doran explica a necessidade e a importância da cadeia de custódia da prova:

A cadeia de custódia é necessária para estabelecer a suficiência legal da prova, uma vez que esta veio para a custódia do departamento de polícia. Isso quer dizer que, a evidência não foi perdida, que não houve adulteração da evidência, e ela não foi contaminada, tanto por outros elementos armazenados nas proximidades, como pelo recipiente no qual está armazenada a prova.²⁰⁸

Para completar os mecanismos a serem seguidos, a Secretaria Nacional de Segurança Pública, pela Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014, estabeleceu as diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios.

No texto regulatório a cadeia de custódia é definida como o conjunto que:

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 reconhecimento até o descarte, consistindo o marco inicial as etapas de preservação do local de crime e/ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais

²⁰⁶ URAZÁN BAUTISTA, Juan Carlos. **La Cadena de Custodia en el Nuevo Código de Procedimiento Penal**. Disponível em: <http://fundacionluxmundi.com/custodia.php>. Acesso em: 6 nov. 2021.

²⁰⁷ ESPÍNDULA, Alberi. **Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia**. São Paulo: Millenium, 2009. p. 163.

²⁰⁸ DORAN, Robert A. **Exploring the links in the chain of custody**. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/66568187/Exploring-the-Links-in-the-Chain-of-Custody>. Acesso em: 1 nov. 2021.

seja detectada a existência de vestígio, sendo que o agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação.²⁰⁹

Somado a isso, temos o Conselho Nacional de Justiça que instituiu a Resolução 63 de 2008,²¹⁰ que dentre suas atribuições, define que há a necessidade de consolidar informações sobre os bens apreendidos em procedimentos criminais, inclusive para possibilitar a extração de dados estatísticos e a adoção de políticas de conservação e administração desses bens, até sua destinação final.

Assim, temos que a cadeia de custódia pode ser definida como uma sucessão interligada de eventos, de modo a proteger a integralidade da prova. Com isso, todo o cuidado com as fontes de prova obtidas fora do processo devem ser preservadas.

Tavares, para conceituar cadeia de custódia, afirma que:

A disciplina da cadeia de custódia é uma consequência necessária dos princípios da legalidade estrita e do contraditório. Todos os momentos da prova e mesmo o procedimento probatório devem respeitar a legalidade democrática, evitando arbítrios, distorções ou fraudes. Ademais, devem poder ser fiscalizados e contrastados pelas partes. Cada parte, portanto, tem o direito de exercer o controle e de opor às provas produzidas pela outra.

(...)

A preservação da cadeia de custódia serve, por exemplo, para demonstrar ao juízo que a prova apresentada para ser valorada é a mesma que diz respeito ao caso penal ou que não sofreu manipulação indevida.²¹¹

Como podemos observar, o instituto da cadeia de custódia busca obter dados autênticos, estabelecendo métodos de segurança e preservação da prova coletada, sempre preocupada com o rastreio desse elemento probatório, de modo que a preservação da cadeia de custódia alcança todo o sistema penal.

Com isso, eventuais erros, ausência ou quebra na cadeia de custódia podem gerar imensos prejuízos ao processo, inclusive irremediáveis.

Por tal razão, a importância da cadeia de custódia para a higidez probatória, evitando eventuais dúvidas sobre a autenticidade da coisa submetida a exame, e, conseqüente, segurança jurídica quando da legitimidade da prova.

²⁰⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014. Estabelece as diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 de julho de 2014.

²¹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 63 de 19 de dezembro de 2008**. Publicada no Dje do CNJ de 26/12/2008. Institui o Sistema Nacional de Bens Apreendidos – SNBA e dá outras providências. Art. 1º Fica instituído o Sistema Nacional de Bens Apreendidos – SNBA, com o objetivo de consolidar as informações sobre os bens apreendidos em procedimentos criminais no âmbito do Poder Judiciário.

²¹¹ TAVARES, Juarez; RUBENS, Casara. **Prova e Verdade**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 83.

Se é essencial ao processo penal que todas as evidências de uma infração penal sejam colhidas e materializadas em juízo, manter a cadeia de custódia é fundamental para a prática forense. A responsabilidade pelo material apreendido é de todos que entrarem em contato com ele. A documentação precisa conter informações no que diz respeito às circunstâncias em que as evidências foram coletadas, quem manipulou as evidências, o período de custódia, as condições de segurança durante o manuseio e/ou armazenamento das evidências e a forma como as provas são entregues aos custodiantes subsequentes sempre que ocorre uma transferência.

Nesse sentido, Rosa assevera “acerca da necessidade de proteção da cadeia de custódia, fórmula garantidora da rastreabilidade dos elementos de prova coletados e examinados”.²¹²

A cadeia de custódia é isso. Proteção. Seguir à risca, sem interrupções ou falhas aos procedimentos formais para assegurar a idoneidade dos elementos de convicção recolhidos. E no âmbito do processo, este proceder é ainda mais fundamental.

A prova penal no contexto do processo é sua alma. O conjunto probatório permite a construção do convencimento judicial, tanto para condenar ou inocentar alguém. E aqui, dentre todos os fatores de extrema relevância, está em jogo a liberdade do indivíduo e o princípio da presunção de inocência que se persegue, assim como o anseio social e jurídico no sentido de uma justiça penal efetiva e resolutiva.

Nesse contexto, Del- Campo:

Por mais que os avanços científicos possam contribuir com as ciências forenses no sentido de aprimorar a capacidade de reunir evidências suficientes para a solução das questões levadas à consideração da Justiça, tais evidências, particularmente aquelas relacionadas com a necessidade posterior de exames laboratoriais, só podem ser aceitas como meios de prova se a coleta, o manuseio e a análise das amostras observarem condições mínimas de segurança de modo a garantir a integridade do material a ser examinado e a idoneidade dos meios empregados.²¹³

A autenticidade das provas consiste na certeza de que o objeto em análise provém das fontes anunciadas e que não foi alvo de mutações ao longo de um processo, assegurando a identificação e a certeza da origem da informação.

²¹² MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 445.

²¹³ DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. **Exame e levantamento técnico pericial de locais de interesse à justiça criminal**: abordagem descritiva e crítica. 2008. Dissertação (Mestrado em Medicina Legal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 235.

Khaled afirma ser necessário que “as regras sejam compreendidas como limites epistêmicos, conferindo um mínimo de racionalidade a um processo que, sob nenhuma hipótese, será apto à reconstrução absoluta de um evento pretérito”.²¹⁴

Como sabemos, a cadeia de custódia procura diminuir substancialmente violação ou contaminação, seja acidental ou dolosa, da amostra, garantindo-se a autenticidade do elemento prova. É procedimento responsável, encarregado e imprescindível para a preservação mais fidedigna possível de todas as provas que dizem respeito ao fato delituoso. Busca-se aqui a preservação da prova, livre de manipulações indevidas, com o objetivo de assegurar autenticidade de determinados elementos probatórios.

Nesse sentido, Prado afirma que “a bibliografia especializada demonstra que descuidos e erros na obtenção e preservação de elementos probatórios são não somente comuns, mas em geral afetam a qualidade epistêmica do material avaliado”.²¹⁵

Somente uma prova que carregue consigo seu *iter*, o caminho que percorreu até chegar à apreciação superior, deve ser considerada válida, porque ausente de qualquer interferência externa que possa induzir a incriminação ou a absolvição do agente processado. A eventual quebra da cadeia de custódia sem dúvida alguma traz um desequilíbrio de ordem processual, que muitas vezes sequer é possível refazê-la, podendo gerar inclusive à anulação do processo.

O que se quer dizer é que a lógica da cadeia de custódia da prova é construir a garantia de uma prova livre de má-fé e embasada na lisura no que diz respeito à preservação da fiabilidade dos atos que compõem a prova.

Matida, nesse contexto assevera que:

Assim, a prova do reconhecimento deve nos aproximar efetivamente dos culpados; a prova testemunhal deve permitir uma adequada reconstrução dos eventos; as provas periciais devem conter informações confiáveis sobre as questões que transbordam os conhecimentos técnico-jurídicos dos juízes e jurados, etc.²¹⁶

Destarte, solidifica-se a necessidade de proteção e conservação da cadeia de custódia, no intuito de atender aos propósitos do Estado Democrático de Direito Brasileiro, e de manter a integralidade e a fiabilidade do elemento probatório. Assim, oportuniza ao acusado de defender-se integralmente no processo penal.

²¹⁴ KHALED JUNIOR, Salah Hassan. A produção analógica da verdade no processo penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2015. p. 166-184.

²¹⁵ PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controle epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcia Pons, 2014, p. 86.

²¹⁶ MATIDA, Janaina; NARDELLI, Marcela Mascarenhas; HERDY, Rachel. A prova penal precisa passar por uma filtragem epistêmica. **Conjur**, mar. 2020.

Acerca da integralidade da prova, entende-se o caráter daquilo que está inteiro, ileso, que não sofreu alteração, incólume, idôneo. Ou seja, a cadeia de custódia é a garantia da integralidade do elemento custodiado e, nesse processo, se inclui os critérios de coleta, transporte, acondicionamento, preservação e armazenamento como formas de garantir a integridade da prova.

A cadeia de custódia nos remete ao relacionamento de um procedimento, como um elo, como uma corrente, que se destina a resguardar a integridade da prova que integra o objeto do processo. Essa cautela e blindagem da prova é feita através do registro documentado de toda a cronologia da posse, movimentação, localização, armazenamento do material para futura análise. Disso resulta numa cadeia de custódia íntegra.

A persecução penal deve, desde a investigação da polícia até a decisão final, estar subordinada ao devido processo legal. Assim, a cadeia de custódia da prova tem por objetivo a garantia da rastreabilidade da prova.

A propósito George Fisher afirma que:

(...) normalmente, uma cadeia de custódia é boa o bastante, se ela embasar uma conclusão de que o item em questão é o mesmo item e de que está substancialmente na mesma condição. O primeiro requisito – o de igualdade – é óbvio o bastante. A significância da condição do item variará de um tipo de prova para outro; e de um caso para outro. Com um pacote de pó branco, é crucial saber que ninguém adicionou qualquer coisa ao pacote entre a sua apreensão com o acusado e a determinação feita pelo químico de que ele contém cocaína. Assim, a prova da cadeia de custódia deve ser suficiente para embasar uma conclusão de que nenhuma adulteração ocorreu.²¹⁷

Buscando o direito comparado, temos o Novo Código de Procedimento Penal, de Bogotá, que conceitua cadeia de custódia:

A cadeia de custódia é a continuidade dos acontecimentos e, contínuo é que dura, funciona, se faz ou se estende ininterruptamente; custódia é a ação e efeito da custódia, e custódia é guardar com cuidado e vigilância. Esta não interrupção vigilante que as vozes da cadeia de custódia significam é uma, não a única, das condições que garantem a autenticidade dos elementos.²¹⁸

E por falar de percurso da prova, a devida preocupação com a comprovação desse percurso, como o atestado da integridade e a identidade da coisa, é o que denomina prova da cadeia de custódia. Não se pode confundir cadeia de custódia com a prova da cadeia de custódia. A prova da cadeia de custódia consiste na reconstrução cronológica do conjunto de procedimentos concatenados que compõem a histórica da posse de uma dada prova, retratando-a desde sua geração, até seu aporte nos autos, expondo cada um dos sucessivos elos dessas

²¹⁷ FISHER, George. **Evidence**. New York: Foundation Press, 2002. p. 699.

²¹⁸ Novo Código de Procedimento Penal de Bogotá.

correntes, por cujas mãos a detenção da prova foi passada.²¹⁹ A cadeia de custódia da prova, por sua vez, como já dito, é o processo de documentar a evidência. É a rastreabilidade da prova coletada para que a mesma seja preservada e não sofra manipulações indevidas.

Acerca do exposto, temos a análise de três planos: a) quando a prova da cadeia de custódia é necessária; b) a quem compete o ônus de provar sua integralidade; e c) onde inicia e termina.

Sobre a necessidade da cadeia de custódia e a sua importância, depende basicamente da identidade do próprio corpo de prova.

Nesse sentido, Imwinkelried discorre sobre o que se entende por corpos de prova:

Corpos de prova com características únicas, próprias ou exclusivas, prontamente identificáveis, tornam desnecessária a demonstração da cadeia de custódia: uma pistola com número seriado específico, plenamente identificável, poderá ser prontamente conferida quanto à sua identidade, a partir do próprio número ou, em outros termos, a partir do próprio objeto. Naturalmente, se esses elementos identificadores não foram registrados por ocasião da apreensão do corpo da prova, a cadeia de custódia, também quanto à identidade, terá de ser demonstrada pelas formas habituais, porque, nesse caso, perdeu-se a infungibilidade intrínseca do próprio objeto.²²⁰

De toda forma, é necessário compreender sobre a integridade da prova penal, para saber se ela contribuirá ou não para determinado fato.

Sob outra perspectiva, é necessário estabelecer o ônus de provar a cadeia de custódia. Como regra geral, quem invoca um objeto probatório deve também provar sua identidade.

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 ampla e efetiva.

Dessa forma, ainda que não haja previsão expressa, extrai-se dos preceitos constitucionais, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, o direito à prova lícita e a presunção de inocência, que o ônus de comprovação do regular procedimento da cadeia de custódia incumbe à acusação. 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 nos importa, dentro do contexto criminal e da realidade brasileira, reside na conservação da prova penal e dever básico do Estado.

²¹⁹ SALGADO, Daniel Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador; Juspodium, 2015. p. 437.

²²⁰ IMWINKELRIED, Edward J. **The methods of attacking scientific evidence**. Virginia: The Michie Company, 1982. p. 84.

Nesse sentido, Matida afirma que:

‘É preciso maximizar a eficiência epistêmica do processo e isso só pode ser feito com a genuína implementação da cadeia de custódia’. É necessário que o instituto da cadeia de provas não se reduza à cadeia de aproveitamento de irregularidade. Não basta haver o instituto, deve haver o seu cumprimento como determinada a lei.²²¹

Assim, com a garantia de um processo democrático e justo, 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.

Nesse sentido, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça enfocou em questão semelhante no Habeas Corpus n. 160.662/RJ²²², de forma que o material probatório ‘inaudita altera parte’ produzido deve ser disponibilizado ‘da forma como captado’, onde ocorreu interrupção nas conversas e na sua ordem, inclusive com omissão de alguns áudios. Dessa forma, dentro de um processo democrático e justo, a prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, tendo em vista o direito à prova, o contraditório e à paridade de armas.

²²¹ MATIDA, Janaína. **Epistemologia jurídica aplicada ao processo penal**. Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado (org. Joel Correa de Lima e Rubens Casara). São Paulo: Contracorrente, 2020.

²²² Ementa: penal e processual penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Utilização do remédio constitucional como sucedâneo de recurso. Não conhecimento do writ. Precedentes do supremo tribunal federal e do superior tribunal de justiça. Quebra de sigilo telefônico e telemático autorizada judicialmente. Supressão de instância com relação a um dos pacientes. Presença de indícios razoáveis da prática delituosa. Indispensabilidade do monitoramento demonstrada pelo modus operandi dos delitos. Crimes punidos com reclusão. Atendimento dos pressupostos do Art. 2º, I a III, da Lei 9.296/96. Legalidade da medida. Ausência de preservação da integralidade da prova produzida na interceptação telefônica e telemática. Violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas. Constrangimento ilegal evidenciado. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício. (...) X. Apesar de ter sido franqueado o acesso aos autos, parte das provas obtidas a partir da interceptação telemática foi extraviada, ainda na Polícia, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, com omissão de alguns áudios. XI. A prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova. XII. Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório - constitucionalmente garantidos -, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas. XIII. É certo que todo o material obtido por meio da interceptação telefônica deve ser dirigido à autoridade judiciária, a qual, juntamente com a acusação e a defesa, deve selecionar tudo o que interesse à prova, descartando-se, mediante o procedimento previsto no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, o que se mostrar impertinente ao objeto da interceptação, pelo que constitui constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações autorizadas, realizada pela Polícia Judiciária, tal como ocorreu, subtraindo-se, do Juízo e das partes, o exame da pertinência das provas colhidas. Precedente do STF. XIV. Decorre da garantia da ampla defesa o direito do acusado à disponibilização da integralidade de mídia, contendo o inteiro teor dos áudios e diálogos interceptados. XV. Habeas corpus não conhecido, quanto à paciente REBECA DAYLAC, por não integrar o writ originário. XVI. Habeas corpus não conhecido, por substitutivo de Recurso Ordinário. XVII. Ordem concedida, de ofício, para anular as provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, determinando, ao Juízo de 1º Grau, o desentranhamento integral do material colhido, bem como o exame da existência de prova ilícita por derivação, nos termos do art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP, procedendo-se ao seu desentranhamento da Ação Penal 2006.51.01.523722-9.

Todo o elemento de prova poderá ser objeto de avaliação. Entretanto, no contexto do instituto da cadeia de custódia, o controle de qualidade da prova é o que faz toda a diferença.

Como exposto, a cadeia de custódia da prova se soma ao conjunto de formalidades que caracterizam a adoção de forma precisa, em respeito a um processo legal e confiável.

Nesse sentido, Gloeckner afirma que a forma é, “portanto, o escudo protetor contra a arbitrariedade”.²²³

Por fim, quanto à fixação de início e fim da cadeia de custódia depende do caso concreto.

Com efeito, a cadeia de custódia costuma iniciar justamente com a apreensão de alguma prova ou a partir de algum fato. Apreendida essa prova, realiza-se uma perícia a fim de comprovar se o material está nas mesmas condições em que esteve quando de sua coleta.

Assim, para a preservação das fontes de prova, através da manutenção da cadeia de custódia, exige-se a prática de uma série de atos e protocolos, inclusive no que se refere à identificação de seus custodiantes, ou seja, as pessoas que serviram de ligação durante a circulação da peça probatória.

Dessa forma, somente as peculiaridades do caso concreto poderão ditar, com a devida segurança, toda a extensão da cadeia de custódia reclamada e a sua higidez probatória.

5.2 DA LEGISLAÇÃO APLICADA À CADEIA DE CUSTÓDIA

A legislação brasileira que trata do Instituto da Cadeia de Custódia, encontra-se delimitada nos artigos 158-A, B, C, D, E e F, todos do Código de Processo Penal, incluídos pela Lei 13.964 de 2019.

Analisemos os artigos passo a passo.

Art. 158-A. 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.

§ 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio.

§ 2º O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação.

§ 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal.

²²³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2015. p. 35.

O *caput* do art. 158-A, apresenta o conceito legal do instituto da cadeia de custódia e a sua definição espelhou-se muito a partir da regulamentação da Secretaria Nacional da Segurança Pública Portaria n.º 82, que estabeleceu a uniformização técnica do trabalho pericial, bem como criou diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia.

No texto regulatório, o instituto da cadeia de custódia é definida como:

O conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte, consistindo o marco inicial as etapas de preservação do local de crime e/ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio, sendo que o agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação.²²⁴

À partir dessa conceituação, verifica-se um conjunto de procedimentos técnicos e científicos para manter, documentar a história cronológica dos fatos e a preservação das provas.

Logo, em seus três parágrafos, determinam o termo inicial da cadeia de custódia, a responsabilidade dos agentes públicos para com ela e o conceito do que vem a ser vestígio.

De acordo com o *parágrafo primeiro*, considera-se o início da cadeia de custódia a partir da preservação do local do crime, ou a partir da iniciativa da autoridade policial e dos peritos na adoção de procedimentos, diante da localização de possível vestígio. Esse dispositivo deve ser lido em conjunto com o artigo 6º, I, do Código de Processo Penal, quando determina à autoridade policial que, logo conhecendo da ocorrência de prática de infração penal, dirige-se ao local e diligencie com todos os meios e recursos para que não se alterem o estado e a conservação das coisas. Essa etapa de isolamento, conduzida pela autoridade policial, possui caráter amplo, bloqueando de alguma forma, todo o local da ocorrência criminosa, até a chegada dos peritos, a quem competirá realizar um segundo isolamento, agora específico às áreas de interesse da diligência técnica.²²⁵

No *segundo parágrafo*, faz referência ao agente público que após verificar um elemento importante no local dos fatos, fica responsável por sua preservação.

²²⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014. Estabelece as diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 de julho de 2014.

²²⁵ **Art. 6º** do Código de Processo Penal: Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; [...]

O conceito de **agente público** está disciplinado no art. 2º da Lei de Improbidade Administrativa que dispõe:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei.

Parágrafo único. No que se refere a recursos de origem pública, sujeita-se às sanções previstas nesta Lei o particular, pessoa física ou jurídica, que celebra com a administração pública convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente.²²⁶

Nos termos da Lei, fica claro que tal responsabilidade com a prova custodiada e o vestígio, amplia e requer treinamento específico e direcionado aos agentes públicos, como também requer estrutura adequada, das mais variadas instituições que colaboram com o contexto investigativo e processual.

Por fim, o *parágrafo terceiro*, dispõe do conceito de vestígios como qualquer objeto, instrumento, marca, mancha, que esteja no local do crime e que pode haver relação com o fato delituoso.

Os vestígios deixados no local de crime, permitem com que o perito tenha maiores e melhores possibilidades de analisar, de forma coerente e precisa, a cena do crime, obtendo elementos e informações significativas para auxiliar no processo de conclusão da investigação.

A respeito dos vestígios, Badaró complementa que:

A definição diz que ‘vestígio é todo o objeto ou material bruto, visível ou latente. Em um primeiro momento pode-se entender que, com a referida descrição, o autor exclui os vestígios digitais. Não obstante, há que se entender que os vestígios relacionados à prova pericial abarcam qualquer fonte de prova de natureza real. Assim, não se limita apenas às coisas ‘materiais’, sendo necessário também observar a cadeia de custódia em face dos elementos imateriais (vestígios digitais que são também reais).²²⁷

O capítulo X do Código de Processo Penal, “Dos indícios”, assevera em seu único artigo, a definição da legislação para o tema: *Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.*

Costa Filho, neste sentido, ensina a diferença básica entre vestígios e indícios:

Vestígio é toda alteração material no ambiente ou na pessoa, que tenha ou possa ter relação com o fato delituoso ou seu autor, que sirva à elucidação ou determinação de

²²⁶ [https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.230-de-25-de-outubro-de-2021-354623102#:~:text=Constitui%20ato%20de%20improbidade%20administrativa%20que%20atenta%20contra%20os%20princ%C3%ADpios,II%20%2D%20\(revogado\)%3B](https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.230-de-25-de-outubro-de-2021-354623102#:~:text=Constitui%20ato%20de%20improbidade%20administrativa%20que%20atenta%20contra%20os%20princ%C3%ADpios,II%20%2D%20(revogado)%3B) (Acesso em 02 de janeiro de 2022).

²²⁷ BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. *In*: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (orgs.). **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018. p. 517-538.

sua autoria, Vestígios são classificados em verdadeiros, forjados ou ilusórios. Ao conjunto de vestígios dá-se o nome de corpo de delito. Indício é todo vestígio cuja relação com a vítima, com o suspeito, com a testemunha ou com o fato tenha sido estabelecida. [...] Indícios podem ser classificados como propositais ou acidentais.²²⁸

Nesse âmbito, não podemos deixar de salientar da importância de que seja realizado exame de corpo de delito sempre que a infração deixar vestígios, conforme indicado no art. 158 do Código de Processo Penal:

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

Parágrafo único. Dar-se-á prioridade à realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva:

I - violência doméstica e familiar contra mulher;

II - violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência.

O exame de corpo de delito tem por objetivo constatar, definir e registrar circunstâncias, pessoas envolvidas e todas as particularidades do delito.

Neste contexto, entende-se a cadeia de custódia como o conjunto dos procedimentos utilizados como forma de se garantir a rastreabilidade e confiança de um vestígio, o que se inicia com a preservação do local de crime e se estende por todas as etapas, indo desde a coleta até o transporte e recebimento do vestígio.

A cadeia de custódia repercute e está a cada dia mais presente no nosso cotidiano. É um exemplo disso é que a cadeia de custódia das provas digitais, que da mesma forma, vem a tutelar direitos fundamentais à confidencialidade e garantia da integridade dos sistemas de tecnologia da informação, à proteção do entorno digital, da identidade digital, do domicílio digital e, por óbvio, da privacidade associada ao direito de decidir o que tornar público ou não relativamente a essa esfera da vida. Sobre a temática, falaremos no momento oportuno e em capítulo próprio.

Seguindo a legislação, o próximo artigo é o art. 158-B do Código de Processo Penal. Talvez seja o mais importante no que se refere ao instituto da cadeia de custódia, pois define minuciosamente e de maneira bem detalhada, cada etapa que o elemento custodiado deve percorrer e estabelece as diretrizes de como e o que deve ser feito para que se tenha a preservação da prova penal e que permita um julgamento fiel à verdade real dos fatos.

Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas:

I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial;

II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime;

²²⁸ COSTA FILHO, Paulo Enio Garcia da. **Medicina Legal e Criminalística**. Brasília: Vestcon, 2012, p. 22.

III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento;

IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza;

V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento;

VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse;

VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu;

VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito;

IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente;

X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial.

Primeiramente, o *caput* do artigo estabelece quais serão as etapas estabelecidas na cadeia de custódia da prova penal, de forma cronológica, devendo ser tratada, ponto a ponto, de acordo com seus incisos.

No *primeiro inciso*, a lei trata do **reconhecimento** do vestígio, que poderá ser alvo de perícia, e de sua produção em prova penal. Aqui encontramos o problema da restrição do conceito de vestígio estabelecido na legislação, pois apenas serão alvo de perícia ou de maiores investigações, vestígios físicos e materiais, excluindo-se, portanto, diversas outras modalidades de prova que poderiam ser periciados, quando define que o vestígio é definido à partir de uma análise de um elemento de potencial interesse para a produção da prova pericial.

No *segundo inciso*, trata do **isolamento** do local, a fim de evitar que se altere o estado das coisas, que deve ser lido em consonância ao art. 6º do Código de Processo Penal.²²⁹

²²⁹ **Art. 6o** Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

Inclusive nesse inciso é a garantia de que a prova valorada em um futuro processo penal é exatamente aquele colhido no local dos fatos. e com isso, quando estamos falando do instituto da cadeia de custódia, o tema nos remete ao Princípio da Mesmidade e da Descofiança, que serão tratados em capítulo específico.

Seguindo, o *terceiro inciso* trata da **fixação**, que é definida como uma descrição detalhada do local, do objeto, dos indícios, dos vestígios relativos ao crime, devendo-se utilizar os meios necessários para a devida fixação destes através de fotografias, filmagens, croqui, sendo estes indispensáveis na apresentação do laudo pericial.

Nessa mesma perspectiva, Figueiredo e Sampaio conceituam a fixação como ato de descrição do local do crime e dos vestígios, afirmando que:

Para que haja a coleta de forma regular, a investigação deve se preocupar com todos os elementos que farão parte da prova técnica. Por isso, a fixação é caracterizada pelo ato de descrever, de forma detalhada, os vestígios conforme se encontram no local do crime ou no corpo de delito, bem como sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo produzido pelo perito responsável pelo atendimento in loco.²³⁰

A fixação garante ao vestígio e à prova um maior grau de confiabilidade.

Ao garantir a fixação por diversos meios técnicos cabíveis à situação, pode-se ter parâmetros para comparação da prova apresentada em juízo e sua origem, possibilitando a análise regressa do vestígio e auxiliando em sua preservação como valor probatório.

Após, temos o *quarto inciso*, quanto à **coleta** dos vestígios, trabalha-se tanto a coleta como o acondicionamento, conforme estabelecido no texto legal, por ambos serem atos que tratam da coleta e do seu modo. Quanto à coleta, estabelece o legislador que é o ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando-se suas características e natureza. Não há dúvidas de que a coleta é de suma importância, apesar da definição muito simples obtida

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

²³⁰ FIGUEIREDO, Daniel Diamantras; SAMPAIO, Denis. A cadeia de custódia na produção probatória penal.

In: PRIMEIRAS impressões sobre a lei 13.964/2019: pacote “anticrime” a visão da defensoria pública. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2020. p. 28-58. Disponível em:

<https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/3989eb7a1ab24ba28dacaec70f32182.pdf#p%20age=28.%20Acesso%20em:%209%20out.%202020>. Acesso em: 11 nov. 2021.

a partir da lei, pois, após a coleta, qualquer outro elemento ou potencial elemento probatório não poderão ser reobtidos, uma vez que tal tentativa significaria a quebra da cadeia de custódia.

Assim, é importante que a coleta seja feita de forma cuidadosa e completa, pois o recolhimento parcial de certo vestígio pode tornar a futura prova inútil, perdendo-se o seu propósito.

O cuidado com o instituto da cadeia de custódia deve ocorrer desde o início das etapas até a sua valoração ou a prova da regularidade do procedimento.

Seguindo o artigo, no *inciso quinto*, quanto o **acondicionamento** regular resultará na possibilidade de manipulação sem riscos de contaminação com elementos externos aos vestígios. Assim, o acondicionamento se conceitua pelo procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento.

Posteriormente à fase de coleta e acondicionamento, a norma estabelece como será feito o transporte dos vestígios.

O legislador procurou ser objetivo e claro, estabelecendo que o transporte é o ato de transferir o vestígio de um local para o outro, respeitando-se sua natureza e características, utilizando-se dos meios adequados, de modo a garantir a manutenção do seu estado.

Estabelecido como será feito o transporte, em seguida, explica-se como deverá ser feito o recebimento dos vestígios.

Tratando do **transporte** e do **recebimento**, presente nos *incisos sexto e sétimo*, respectivamente, denota-se a importância que é dada aos agentes envolvidos nestes atos, procurando sempre ter o registro de quais pessoas estiveram em contato com os vestígios, buscando-se sempre que estas representem a menor quantidade possível, a fim de garantir a segurança e o menor risco de adulteração da prova.

A credibilidade do material probatório é a finalidade buscada em cada procedimento adotado pela legislação para o instituto da cadeia de custódia, pois a menor exposição possível do elemento custodiado e a menor manipulação de pessoas é parte crucial no encadeamento de todos os atos. Neste passo, o próximo ato a ser tomado é definido como processamento do vestígio. Neste item, entende-se e conceitua-se que é o trabalho técnico exercido por profissional adequado, do qual o substrato será o laudo pericial apresentado em juízo.

A metodologia a ser usada dependerá das características apresentadas pelo vestígio, devendo sempre ser fichada, documentada e explanada junto ao laudo para que se possa conferir o meio utilizado.

Por fim, a norma em comento estabelece, em seus *últimos incisos (IX e X)*, os atos de **armazenamento** e de **descarte**. O armazenamento é a responsabilidade dos agentes e do Poder Público em relação a guarda do elemento custodiado, relevante ou descartado. E quanto ao descarte, é o procedimento que trata da liberação e da dispensa do vestígio nos termos da legislação e mediante autorização judicial quando pertinente.

Somada a tudo que fora exposto, temos a Portaria da Secretaria Nacional de Segurança Pública, que estabelece as diretrizes sobre o procedimento a serem observados pela cadeia de custódia. As etapas do instituto são divididas em duas macrofases, uma externa e outra interna²³¹:

2. Das etapas da cadeia de custódia

2.1. As etapas da cadeia de custódia se distribuem nas fases externa e interna.

2.2. A fase externa compreende todos os passos entre a preservação do local de crime ou apreensões dos elementos de prova e a chegada do vestígio ao órgão pericial encarregado de processá-lo, compreendendo, portanto:

a - preservação do local de crime;

b - busca do vestígio;

c - reconhecimento do vestígio;

d - fixação do vestígio;

e - coleta do vestígio;

f - acondicionamento do vestígio;

g - transporte do vestígio;

h - recebimento do vestígio.

2.3. A fase interna compreende todas as etapas entre a entrada do vestígio no órgão pericial até sua devolução juntamente com o laudo pericial, ao órgão requisitante da perícia, compreendendo, portanto:

a - recepção e conferência do vestígio;

b - classificação, guarda e/ou distribuição do vestígio;

c - análise pericial propriamente dita;

d - guarda e devolução do vestígio de prova;

e - guarda de vestígios para contraperícia;

f - registro da cadeia de custódia.

Chasin concebe que a fase interna do procedimento inicia no laboratório até o descarte ou armazenamento das amostras. A fase externa, por sua vez, refere-se ao transporte do local de coleta até a chegada ao laboratório de perícia.²³²

²³¹ BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Portaria SENASP Nº 82, de 16 de julho de 2014. Estabelece as Diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2014. <https://diariofiscal.com.br/ZpNbw3dk20XgIKXVGacL5NS8haIoH5PqbJKZaawfaDwCm/legislacaofederal/portaria/2014/senasp82.htm>. Acesso em: 14 nov. 2021.

²³² CHASIN, Alice Aparecida da Matta. Parâmetros de confiança analítica e irrefutabilidade do laudo pericial em toxicologia forense. **Revista Brasileira de Toxicologia**, v. 14, n. 1. 2001. p. 40-46.

Dentre esses procedimentos elencados, ao nosso sentir, o legislador quis dar especial importância quanto a *coleta* e o *acondicionamento dos vestígios*. Isso se dá porque nos próximos artigos, 158-C e 158-D, do Código de Processo Penal dispõe que:

“Art. 158-C. A coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares.

§ 1º Todos vestígios coletados no decurso do inquérito ou processo devem ser tratados como descrito nesta Lei, ficando órgão central de perícia oficial de natureza criminal responsável por detalhar a forma do seu cumprimento.

§ 2º É proibida a entrada em locais isolados bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável, sendo tipificada como fraude processual a sua realização.

Art. 158-D. O recipiente para acondicionamento do vestígio será determinado pela natureza do material.

§ 1º Todos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte.

§ 2º O recipiente deverá individualizar o vestígio, preservar suas características, impedir contaminação e vazamento, ter grau de resistência adequado e espaço para registro de informações sobre seu conteúdo.

§ 3º O recipiente só poderá ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada.

§ 4º Após cada rompimento de lacre, deve se fazer constar na ficha de acompanhamento de vestígio o nome e a matrícula do responsável, a data, o local, a finalidade, bem como as informações referentes ao novo lacre utilizado.

§ 5º O lacre rompido deverá ser acondicionado no interior do novo recipiente.”

Quanto ao *caput* do art. 158-C, dispõe que preferencialmente a coleta dos vestígios será realizada por perito oficial. Isso pode possibilitar uma interpretação extensiva e errônea, de que qualquer pessoa pode realizar a coleta, uma vez que não há limitação taxativa acerca das pessoas, além dos peritos, que podem realizar a coleta do vestígio. Ainda, nos termos do *caput* do art. 158-C e da leitura do §2º do art. 158-A, cuja redação é ‘*o agente público que reconhecer um elemento como potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação*’. Aqui refere preservação da prova e não necessariamente coleta, mas que limita, de uma forma ou de outra, aos agentes públicos, a coleta dos vestígios relacionados aos fatos.

Entretanto, dos artigos acima transcritos, a mera *custódia fática* dos elementos de prova não é suficiente. Hão de ser devidamente coletados e acondicionados, a fim de preservação de todo o contexto probatório.

Entretanto, observa-se que o legislador deixou de referir a quem competiria a responsabilidade por cada ciclo do procedimento, bem como a lei é silente quanto ao efeito da não preservação da cadeia de custódia da prova, quanto ao momento apropriado para verificar a (ir)regularidade do instituto, bem como qualquer esclarecimento acerca da consequências da ruptura da cadeia.

Há posições para os que defendem que ocorrendo a quebra da cadeia de custódia, deve implicar na exclusão da prova; e, os que defendem que cabe ao juiz, no caso concreto, valorar e decidir sobre qual o valor que terá a prova cuja custódia se deu de forma irregular.

Geraldo Prado defende que: "qualquer interrupção na cadeia de custódia pode causar a inadmissibilidade da evidência. Mesmo se admitida, uma interrupção pode enfraquecer ou destruir seu valor probatório."²³³

O mesmo pensamento é compartilhado por Daniel Diamantaras e Denis Sampaio, quando observam que:

Se as etapas estão previstas em normas legais e constituem o próprio conteúdo da prova material, a quebra da cadeia de custódia gera o efeito da ilicitude da prova, na medida em que haverá a aplicabilidade do artigo 157 do CPP quando aponta que são provas ilícitas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.²³⁴

Entretanto, há posições contrárias, como de Renato Brasileiro, que entende que a quebra da cadeia de custódia, não necessariamente representa a nulidade da prova, posto que:

Com efeito, a finalidade desse detalhamento procedimental é para conferir maior fidedignidade ao contexto geral da prova, mas não se apresenta como essencial à própria validade em si do elemento probatório, que será valorado ulteriormente pelo julgador.²³⁵

A posição que defende que eventual ruptura nos elos que compõem a cadeia de custódia da prova, não gera nulidade da prova, entende que esta permanece legítima e lícita, podendo posteriormente ser questionada a sua autenticidade, bem como se o valor desse elemento probatório será maior ou menor por não ter respeitado os protocolos e as diretrizes do instituto.

Quanto às correntes que acima transcritas, iremos trabalhar em capítulo específico e de forma mais detalhada.

Em direção ao final, o art. 158-E do Código de Processo Penal, por sua vez, determina a existência de uma central de custódia, que seria justamente um local viável para o escoreito cumprimento dos procedimentos estabelecidos.

Art. 158-E. Todos os Institutos de Criminalística deverão ter uma central de custódia destinada à guarda e controle dos vestígios, e sua gestão deve ser vinculada diretamente ao órgão central de perícia oficial de natureza criminal.

§1º Toda central de custódia deve possuir os serviços de protocolo, com local para conferência, recepção, devolução de materiais e documentos, possibilitando a seleção,

²³³ 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. 81.

²³⁴ FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de; SAMPAIO, Denis. Cadeia de custódia da prova. In: SILVA, Franklyn Roger Alves (org.). **O processo penal contemporâneo e a perspectiva da Defensoria Pública**. Belo Horizonte: Editora CEI, 2020. p. 345.

²³⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote anticrime**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 257

a classificação e a distribuição de materiais, devendo ser um espaço seguro e apresentar condições ambientais que não interfiram nas características do vestígio.

§2º Na central de custódia, a entrada e a saída de vestígio deverão ser protocoladas, consignando-se informações sobre a ocorrência no inquérito que a eles se relacionam.

§3º Todas as pessoas que tiverem acesso ao vestígio armazenado deverão ser identificadas e deverão ser registradas a data e a hora do acesso.

§4º Por ocasião da tramitação do vestígio armazenado, todas as ações deverão ser registradas, consignando-se a identificação do responsável pela tramitação, a destinação, a data e horário da ação.

No referido artigo, reforça-se a necessidade de haver uma central de custódia destinada ao controle dos vestígios coletados, a qual será vinculada ao órgão central da polícia, assim como a gestão e manipulação de tais vestígios. Além disso, estabelece, com grande rigor, a necessidade de procedimentos e de protocolos a serem adotados, como locais adequados para o desenvolvimento de todas as etapas da cadeia de custódia, o controle dos atos, a classificação e o relatório sobre o vestígio. Dá-se foco à necessidade do controle sobre as pessoas que obtiveram contato com o vestígio armazenado, uma vez que todas devem ser identificadas, sendo necessário o registro com dados da data e da hora do acesso. Por fim, o último parágrafo do referido artigo reforça os cuidados com o controle de acesso aos vestígios, estabelecendo que todas as ações de tramitação deverão ser registradas, com a identificação do responsável, a destinação, a data e o horário da ação.

O Estado do Rio Grande do Sul terá de forma pioneira, o Centro Regional de Excelência em Perícias Criminais (Crepec), conforme o Ministério da Justiça. O objetivo é otimizar a prestação dos serviços, além de servir como centro de estudos e atuar em perícias de alta complexidade de toda a região sul do país.

Dentro do planejamento dos quase 12 mil metros quadrados do prédio, que será a nova sede do Instituto-Geral de Perícias (IGP), onde funcionarão o Crepec, também estão contempladas as condições adequadas de trabalho para peritos. Cada setor foi desenhado para permitir o fluxo ideal para as atividades dos departamentos que integram o IGP. Vão funcionar dentro do Crepec o Departamento de Criminalística, o Departamento de Perícias Laboratoriais, o Laboratório de Confronto Papiloscópico do Departamento de Identificação (DI), os setores administrativos de cada unidade e a direção-geral do IGP.²³⁶

Por fim, mas não menos importante, o artigo 158-F do Código de Processo Penal, determina que após a realização de uma hipotética perícia no material, esse deverá ser devolvido

²³⁶ INSTITUTO-GERAL DE PERÍCIAS. **Ministério da Justiça visita novo prédio do IGP**. Porto Alegre. 2021. Disponível em: <https://igp.rs.gov.br/ministerio-da-justica-visita-novo-predio-do-igp>. Acesso em: 15 out. 2021.

à central de custódia. Esse artigo enfatiza a importância dos órgãos periciais na preservação de todo material custodiado.

Art. 158-F. Após a realização da perícia, o material deverá ser devolvido à central de custódia, devendo nela permanecer. Parágrafo único. Caso a central de custódia não possua espaço ou condições de armazenar determinado material, deverá a autoridade policial ou judiciária determinar as condições de depósito do referido material em local diverso, mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal.

O *caput* do referido artigo refere que o material que for periciado será devolvido à central de custódia, onde permanecerá para as etapas de armazenamento e de eventual descarte. Entendendo a realidade de cada Estado, o legislador prevê a possibilidade de não haver espaço ou condições de a central de custódia armazenar determinado material, determinando logo que a autoridade policial ou judiciária estabeleça as condições de depósito do referido material em novo local, o que só será feito mediante requerimento do órgão central de perícia.

Conclui-se que os avanços legislativos referentes à cadeia de custódia são muito significativos, criando diversos procedimentos que asseguram uma maior confiabilidade da prova, uma vez que especificam os atos e como estes deverão ser executados, estabelecendo os responsáveis pela manutenção e cuidados dos vestígios coletados, abrindo diversas possibilidades para o exercício do contraditório e do direito de defesa. Porém, entende-se que este é apenas um começo para a complexidade que a cadeia de custódia da prova penal envolve, visto que a legislação foi omissa em questões importantes.

Assim, verifica-se que não há, tanto expressamente quanto indiretamente, qualquer tipo de ação ou momento processual para impugnação da quebra da cadeia de custódia e nem como isso deverá ser feito, questão essa que será tratada no momento oportuno.

5.3 PRINCÍPIOS DA CADEIA DE CUSTÓDIA

5.3.1 Princípio da Fiabilidade e Autenticidade da Prova Penal

Desde a fase policial, mesmo que ainda se tenha um viés inquisitorial, é de suma importância o debate acerca da valoração da prova, uma vez que a Constituição assegura o contraditório e a ampla defesa, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, com os meios e recursos a ele inerentes.

Com isso, o debate acerca da **fiabilidade da prova**, ainda na fase da investigação criminal se faz necessário.

Fiabilidade quer dizer particularmente confiável. E no que diz respeito às provas e à cadeia de custódia, a fiabilidade deve estar presente em ambas hipóteses. A fiabilidade declara o controle de qualidade e validade da prova.

Beltrán afirma que:

La prueba sobre la prueba, por otro lado, supone un control sobre la fiabilidad de las pruebas existentes, que la confirme o la impugne. Se trata de pruebas que no versan directa ni indirectamente sobre los hechos del caso, sino sobre otras pruebas, y son esenciales em muchos casos para una correcta valoración individual de la prueba, en aras a determinar el grado de fiabilidade que ofrece.²³⁷

Nesse sentido, Prado assevera que “a cadeia de custódia nada mais é do que um dispositivo dirigido a assegurar a fiabilidade do elemento probatório, ao colocá-lo sob proteção de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória”.²³⁸

Com efeito, a cadeia de custódia inicia-se com o procedimento policial que detecta a existência de um vestígio, conforme dispõe a Portaria n.º: 82, de 16 de julho de 2014²³⁹, que estabelece as diretrizes sobre todos os procedimentos a serem observados no tocante a cadeia de custódia de vestígios. Ressalta-se que toda a prova colhida será analisada pelo juiz e, por tal razão, essa prova e todos os elementos carreados, devem ser íntegros e hígidos, para ao fim e ao cabo, auxiliar de forma eficiente um julgamento justo.

Moraes realça acerca da qualidade da decisão judicial:

A relevância da documentação cronológica da prova decorre da impossibilidade de ‘controlar os mecanismos de convencimento psicológico do juiz, o controle da decisão judicial em um Estado democrático de direito deve se dar através de sistemas de controles epistêmicos, mediante critérios objetivos, inclusive na fase da produção da prova, para garantir a qualidade da decisão judicial.’²⁴⁰

O que se quer dizer com isso, é que o controle da decisão judicial passa inexoravelmente pela aferição da confiança da prova. E essa confiança está no elemento de prova custodiado e comprometido com a fiabilidade do elemento probatório.

Prado acerca desse princípio ressalta que:

A fiabilidade probatória refere-se ao esquema de ingresso do elemento probatório no procedimento em cujo âmbito, posteriormente, este elemento poderá ser objeto de

²³⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 87.

²³⁸ PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controle epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcia Pons, 2014. p. 86.

²³⁹ BRASIL. Portaria n.º: 82, de 16 de julho de 2014. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2014. Disponível em: <https://diariofiscal.com.br/ZpNbw3dk20XgIKXVGacL5NS8haIoH5PqbJKZaawfaDwCm/legislacaofederal/portaria/2014/senasp82.htm>. Acesso em: 1 nov. 2021.

²⁴⁰ MORAES, Ana Luisa Zago de. Prova penal: da semiótica à importância da cadeia de custódia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 132, p. 117.

avaliação e diz muito especificadamente com a questão dos controles epistêmicos, compreendidos nesta etapa como ‘controles de entrada’.²⁴¹

Com absoluta precisão, Marina assevera que:

La admisibilidad es el control de entrada de la prueba en el proceso. Controlar que los informes periciales admitidos al proceso tengan un sólido fundamento científico es de un interés epistémico máximo, pues dicho control aspira a dejar a la pseudociencia fuera del ámbito de las decisiones judiciales. De hecho todos los esquemas de control de validez y fiabilidad (en definitiva, de calidad) de las pruebas científicas comparten ese objetivo. Cómo conseguir esto es lo que marca la diferencia entre ellos.²⁴²

A *autenticidade da prova*, por sua vez, consiste na certeza de que o objeto em análise provém das fontes anunciadas e que não foi alvo de mutações ao longo do processo, assegurando a identificação e a segurança da origem da informação.

O que se persegue com esse princípio é a preservação do elemento probatório e a observância a todas as etapas do instituto da cadeia de custódia, a fim de manter autêntica a prova, preservada genuinamente na sua essência.

5.4 PRINCÍPIO DA MESMIDADE

O que se pretende salientar nesse princípio é de que o ‘mesmo’ produto, objeto, coisa ou prova que foi encontrado no local do crime, objeto de investigação e conteúdo probatório, seja o ‘mesmo’, de forma fidedigna que está chegando nas mãos do julgador.

Trata-se de um importante princípio, pois auxilia na constatação da integralidade e autenticidade dos vestígios delituosos, pois o que deve ser submetido ao magistrado é a mesma prova que foi apreendida na persecução penal.

A prova tem que ser a ‘mesma’, livre de manipulação alheia e má-fé. A prova que será valorada é precisamente aquela que foi colhida.

²⁴¹ 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. 88.

²⁴² GASCON ABELLÁN, Marina. Prueba científica. Un mapa de retos. In: VASQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica**: ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 191.

Nesse sentido Navarro *apud* Tabuenca afirma que se deve garantir que “aquéllos que se ponen a disposición del Tribunal, son los mismos que fueron recogidos em el lugar de los hechos en los momentos en que se iniciaba la investigación criminal”²⁴³

Quando falamos na conservação da cadeia de custódia da prova penal, estamos nos referindo à ‘mesmidade’ da prova, visando a certificar com retidão o caminho dessa prova, com a garantia de rastreabilidade desse elemento probatório.

O que se quer aqui é garantir ao demandado que a prova pode ser acreditada, ela é realmente o que a parte alega ser. Não há construção deturpada da verdade.

Sobre o princípio da mesmidade, Urazán Bautista:

A cadeia de custodia é um sistema baseado em um princípio universal de autenticidade da prova, a chamada “lei da mesmidade” (“*ley de la mismidad*”), pela qual se determina que o “mesmo” (“*lo mismo*”) que se encontrou no local de crime é “o mesmo” (“*lo mismo*”) que se está utilizando para a tomada de uma decisão judicial.²⁴⁴

De acordo com Geraldo Prado o objeto da cadeia de custódia fundamenta-se na *lei da mesmidade*, a qual determina que o elemento coletado é o mesmo a ser utilizado na decisão judicial.²⁴⁵

Sobre o tema, o Diretor do Centro de Estudos da Fundação Lux Mundi de Bogotá afirma que:

A cadeia de custódia fundamenta-se no princípio universal de ‘autenticidade da prova’, definido como ‘lei da mesmidade’, isto é, o princípio pelo qual se determina que ‘o mesmo’ que se encontrou na cena [do crime] é o ‘mesmo’ que se está utilizando para tomar a decisão judicial.²⁴⁶

Claro que não são poucas vezes que autoridades e até mesmo as partes manipulam provas e não respeitam nenhum protocolo. Entretanto, o Estado deve assegurar ao acusado que cumprirá com a obrigação de conservar a prova e de manter um rigoroso registro de quem manipulou e teve contato com a prova, dentro do previsto em lei, para que esta siga intacta e sem alterações, do momento que fora recolhida na persecução penal até análise do magistrado.

O prestígio que possui o instituto da cadeia de custódia como um mecanismo para assegurar a ‘mesmidade’ da prova foi observado pelo Tribunal Supremo Espanhol, numa

²⁴³ TABUENCA, Pilar Ladrón. La Cadena de custodia en el proceso penal español: revision normativa. In: NAVARRO, Carmen Figueroa. (org.). **La La Cadena de custodia en el proceso penal español**. Madrid: Edisofer, 2015. p. 21.

²⁴⁴ URAZÁN BAUTISTA, Juan Carlos. **La Cadena de Custodia en el Nuevo Código de Procedimiento Penal**. [S.l.], [20--?]. Disponível em: <http://fundacionluxmundi.com/custodia.php>. Acesso em: 19 nov. 2021.

²⁴⁵ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 95.

²⁴⁶ URAZÁN BAUTISTA, Juan Carlos. **La Cadena de Custodia en el Nuevo Código de Procedimiento Penal**. [S.l.], [20--?]. Disponível em: <http://fundacionluxmundi.com/custodia.php>. Acesso em: 6 nov. 2021.

decisão pioneira em 2009, sobre um caso que aconteceu na cidade de Madrid acerca do crime de homicídio, dispondo que:

Em relación a la cadena de custodia el problema que se plantea es garantizar que dado que se recogen los vestígios relacionados con el delito hasta que ilegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediatez, publicidad y contradicción de las partes y el juicio de lo juzgado es lo mismo. Es a través de la cadena de custodia como le satisface la garantía de la ‘mismidad’ de la prueba. Se ha dicho por la doctrina que la cadena de custodia es una figura tomada de la realidad a la que tiene de valor jurídico con el fin de en su caso, identificar el objeto intervenido, pues al tener que pasar por distintos lugares para se verificarem los correspondientes exámenes, es necesario tener la seguridad de lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde que se recoge del lugar del delito hasta momento final que se estudia, y en su caso, se destruye.²⁴⁷

Outrossim, o princípio da mesmidade está para garantir um processo legal, de forma a assegurar que as provas que serão objeto de análise pelo magistrado não sofreram manipulações indevidas e são elementos devidamente custodiados e confiáveis, desde sua coleta até a apresentação em juízo. A manipulação indevida do elemento custodiado descumpra as regras de preservação, não obedecendo dessa forma, o princípio da mesmidade e idoneidade da prova.

5.5 PRINCÍPIO DA DESCONFIANÇA

O Princípio da Desconfiança também merece atenção quando se trata do instituto da cadeia de custódia.

Desconfiança pode significar desacreditar, descrença, desconfiança do poder, dúvida.²⁴⁸ O sentido aqui para que se possa alegar o princípio da desconfiança, é de que, seja a prova documental, áudios, DNA, ou qualquer outra, devam ser submetidos a um procedimento que comprove ser o que é.

Por haver muitas ‘desconfianças’, uma vez que não se pode certificar com certeza absoluta que o objeto em questão é aquele que a parte afirma ser, o presente princípio é entendido sob a perspectiva de que o objeto ou documento custodiado é insuficiente para reproduzir aquilo que a parte diz que significa.

Nesse sentido, Prado diz que: “o tema de provas exige a intervenção de regras de ‘acreditação’, pois nem tudo que se ingressa no processo pode ter valor probatório, há que ser

²⁴⁷ TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO PENAL. STS 7710/2009. **Ponente: Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre**. 03.12.2009. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/6e8c24c50bb08e8c/20100121>. Acesso em: 26 nov. 2021.

²⁴⁸ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

‘acreditado’, legitimado, valorado desde sua coleta até a produção em juízo para ter valor probatório”.²⁴⁹

No mesmo passo, Baytelman e Duce, “Estas características traen como consecuencia que el mero objeto o documento no sea, em sí mismo, información de calidad suficiente, al menos porque no podemos estar seguros de que sean lo que efectivamente”.²⁵⁰

Ou seja, o princípio da “Desconfiança” consiste na possibilidade de “acreditar” na prova, ou seja, o elemento probatório é submetido a um procedimento que demonstra que tais objetos correspondam ao que a parte alega ser. O que se observa é que é necessário um cuidado quando se trata de manipulação de provas de modo geral.

Geraldo Prado explica que:

O cuidado que envolve o tema da formação da prova leva em consideração questões de ordem prática como, por exemplo, a manipulação indevida do elemento probatório com o propósito de incriminar ou isentar alguém de responsabilidade e também interroga, no plano teórico, as condições concretas do melhor conhecimento judicial. Em outras palavras, trata-se de perseguir a melhor qualidade da decisão judicial e reduzir ao máximo os riscos de incriminação imprópria.²⁵¹

Tudo o que está no processo deve ser creditado de confiança e fidedignidade e o Princípio da Desconfiança é onde se duvida do poder e este deve ser legitimado sempre, ou seja, deve ser submetido a critérios que demonstrem a veracidade que tal elemento alega ser.

O instituto da cadeia de custódia é de fundamental importância no sentido de que tenta assegurar a rastreabilidade dos elementos custodiados, garantia de que a instrução processual ocorre em observância aos procedimentos legais.

Sabe-se que a falta de integridade da prova, provocando danos irrecuperáveis, comprometendo a idoneidade do processo e prejudicando a sua rastreabilidade.²⁵²

Assim, seja pelo princípio da ‘mesmidade’ ou pelo princípio da ‘desconfiança’, a partir do advento da Lei e da implantação da cadeia de custódia das provas, devidamente codificado, exige-se o estabelecimento de uma metodologia regrada e formalizada, que documente toda a

²⁴⁹ PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controle epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcia Pons, 2014. p. 94

²⁵⁰ BAYTELMA A. Andrés; DUCE, J., Mauricio. **Litigación penal: juicio oral y prueba**. México: FCE, 2005, p. 283 apud PRADO, Geraldo. Ainda sobre a quebra da cadeia de custódia das provas. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 22, n.º. 262, set. 2014, p. 14.

²⁵¹ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 95.

²⁵² CARVALHO, Jeferson Lemes. Cadeia de Custódia e Sua Relevância na Persecução Penal. Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics, vol.5, p.373, 2016. (<http://www.ipebj.com.br/forensicjournal/edicoes?volume=5&numero=4&artigo=220>) Acesso em 12 de janeiro de 2022.

ordem cronológica do elemento prova, permitindo a sua reconstituição fática, para que seja possível permitir posterior validação dessa prova, como também garantir a higidez probatória.

5.6 CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL

Devido ao grande desenvolvimento da tecnologia, a vida privada, a honra, a intimidade da pessoa humana tornou-se mais facilmente vulnerável.

Atualmente, tornou-se necessário percorrer o espaço digital e perceber como a tecnologia invadiu e influencia nosso cotidiano. Diante do cenário globalizado, mudanças no direito são impostas e, com isso, o processo penal não podia ser diferente, devendo acompanhar o novo tempo e as novas tecnologias.

Entretanto não é fácil atingir o ponto de equilíbrio. Há dois extremos. De um lado o Estado com o dever/poder de enfrentar a criminalidade crescente e violenta; de outro, a sociedade de ter sua tranquilidade protegida e ao mesmo tempo armada contra excessos e abusos estatais.

Suplementarmente ao debate, o direito à prova é uma garantia formadora do devido processo penal.

Não faz muito tempo que ingressou em nosso ordenamento jurídico o instituto da cadeia de custódia da prova penal, mas, que em face da velocidade do mundo moderno, uma realidade cada vez mais presente é a cadeia digital da prova.

Para Dominioni:

Trata-se de uma operação probatória pela qual, no momento de admissibilidade, de assunção e valoração, são usados instrumentos científicos e técnicos, ou seja, princípios e metodologia científica, métodos tecnológicos, aparatos técnicos cujo uso requer expertise. E sobre esse prisma é que se deve evitar a excessiva valorização construída a partir do mito da confiabilidade inquestionável das provas científicas, portanto, fazendo necessário o estabelecimento de critérios de controle para a recolha e manutenção da qualidade da prova, que, no presente estudo, trata-se da prova digital.²⁵³

Como já referido, o direito à prova é uma garantia integrante do devido processo penal, mas determinadas metodologias são necessárias. E quando estamos diante de prova digital, temos que entender que ela possui uma inconstância enorme, de tal modo que o armazenamento e a coleta da referida prova é de suma importância.

²⁵³ DOMINIONI, Oreste. **La prova penale scientifica**: Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione. Milano: Giuffrè, 2005. p. 12.

A par disso, a preservação de forma rápida de dados é medida que se impõe em face da sua volatilidade e da sua fragilidade, enquanto característica da prova digital.

Os arquivos digitais se tornam confiáveis no momento em que os mesmos são íntegros e que não houve manipulação de dados. Em tempos de redes sociais, Facebook, Instagram, Telegram, Whatsapp e, dada a digitalização da vida, é possível e extremamente necessário buscar alguma sistematização a partir das fontes da prova digital.

Sabe-se do alto grau de dificuldade da tarefa de preservar a integridade do elemento probatório digital e verificar a sua autenticidade. Por isso temos que ir além, ter o cuidado extremado que se deve ter, haja vista os riscos concretos de manipulação e alteração dos dados.

Assim, a apreensão de computadores, celulares, smartphones, por exemplo, não garante integridade da informação e autenticidade da fonte de prova, estando elas sujeitas à adoção de métodos que consideram algoritmos criptografados destinados a reter e preservar os dados.

Prado afirma que se tornou indispensável saber que e-evidence, prova eletrônica ou prova digital se caracteriza por ser ‘qualquer classe de informação (dados) que tenha sido produzida, armazenada ou transmitida por meio eletrônicos.’²⁵⁴

Com isso, a apreensão de computadores, celulares, smartphones, por exemplo, não garante integridade da informação e autenticidade da fonte de prova, estas sujeitas a adoção de métodos que consideram algoritmos criptografados destinados a reter e preservar os dados.

Como sinalizado por Mobile Forensic Investigations:

Quando a prova está armazenada em dispositivos móveis incidem duas diferentes cadeias de custódia: uma sobre o equipamento; e outra acerca dos dados coletados no próprio equipamento.

O guia de apreensão, análise e apresentação da prova eletrônica obtida em dispositivo móvel acentua o caráter de extraordinária importância que a cadeia de custódia assume.²⁵⁵

Para tanto, a cadeia de custódia das provas digitais é uma garantia de natureza constitucional e não mera consequência lógica do sistema de preservação do corpo de delito digital.

Por meio da cadeia de custódia das provas digitais são tutelados os direitos fundamentais à confidencialidade e garantia da integridade dos sistemas de tecnologia da informação, à proteção do entorno digital, da identidade digital, do domicílio digital e, por óbvio, da

²⁵⁴ PRADO, Geraldo. Notas sobre proteção de dados, prova digital e o devido processo penal. Site Geraldo Prado. **Conjur**, ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-18/geraldo-prado-protecao-dados-prova-digital-devido-processo-penal>. Acesso em: 11 out. 2021.

²⁵⁵ AL-DHAQM, Arafat et al. A Review of Mobile Forensic Investigation Process Models. **Review of MFIPMs**, v. 8, 2020. Disponível em: <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1498990/FULLTEXT01.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2021.

privacidade associada ao direito de decidir o que tornar público ou não relativamente a essa esfera da vida.

O Conselho Nacional de Justiça²⁵⁶, na proposta de criação do Comitê de Segurança Cibernética do Poder Judiciário, confere a «segurança cibernética» um novo direito fundamental, oponível verticalmente ao Estado e horizontalmente às pessoas de direito privado.

Os avanços da tecnologia têm extensos efeitos na experiência jurídica e na sua prática. Dada a natureza singular dos dados armazenados nos computadores e as importantes diferenças existentes entre estes e os documentos escritos, a questão é definir se tais documentos podem ser admitidos como prova judicial, assim como a definição da forma de coleta e apresentação e a determinação do seu valor probatório.

Nesse sentido Azevedo e Vasconcellos consideram que:

Como o contraditório e a ampla defesa são inerentes à instrução probatória, quando se trata de provas produzidas fora do processo [...], como a interceptação e buscas telemáticas, tal cuidado também parece ser mais ainda relevante. Assim, os autores sinalizam a indispensabilidade de um [...] procedimento regrado e formalizado, que demonstre a cronologia de existência da prova, a fim de que se permita a posterior valoração em juízo e exercício do controle epistêmico.²⁵⁷

Ao cuidar especificamente da cadeia de custódia de dados digitais, Jacob Heilik destaca a necessidade de autenticação e da demonstração da proveniência desses dados.

Pela clareza e importância das observações, reproduz-se o trecho da obra do autor canadense:

A proveniência é importante porque fornece uma ligação clara entre a informação apresentada e a fonte legalmente adquirida da qual provém. A autenticação é importante para estabelecer que a informação apresentada não foi alterada desde o momento em que foi coletada – ou seja, não é nem mais nem menos do que os dados da fonte original.²⁵⁸

Segundo Wendt, apesar da importância do tema, no Brasil, ainda inexistente a padronização de regras para esse procedimento, e cita uma normatização pioneira da Polícia Civil do Estado de São Paulo que pode servir de referencial teórico e prático para as polícias estaduais. A autora entende que tal procedimento acautelatório se inaugura na cena do suposto delito, sendo

²⁵⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Portaria nº 242, de 10 de novembro de 2020. Institui o Comitê de Segurança Cibernética do Poder Judiciário. Brasília, DF, **Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça**, n. 358, p. 9-11, nov. 2020.

²⁵⁷ AZEVEDO, Yuri; VASCONCELOS, Caroline Regina Oliveira. **Ensaio sobre a cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 127.

²⁵⁸ Tradução livre. No original: “Provenance is important because it provides a clear link between the introduced information and the lawfully acquired source from which it comes. Authentication is important to establish that the introduced information has not been altered since the time it was collected – that is, it is no more and no less than the original source data.” (HEILIK, Jacob. **Chain of Custody for Digital Data: A Practitioner’s Guide**. Canadá: Independently published, 2019. p. 16-17.

necessário para a manutenção da “[...] integridade e idoneidade da evidência até o seu envio para o Poder Judiciário e, conseqüentemente, possibilitando a sua utilização como elemento probatório” sem questionamentos.²⁵⁹

Ainda explica que em crimes cibernéticos, os procedimentos dos custódios devem ser feitos ainda no local da apreensão dos compartimentos eletrônicos, sendo “[...] necessária muita atenção no momento da coleta, pois dados importantes poderão ser perdidos se equipamentos eletrônicos [forem] [...] manipulados inadequadamente”.²⁶⁰

Sabe-se que em apenas um toque no teclado, um clique em frente ao computador, pode-se ativar um programa que apague parte de conteúdo, ou um todo do disco rígido.²⁶¹

Ainda, não por acaso, temos a Convenção sobre Cibercrime, que prescreve:

Em seus artigos 16 e 17 quanto a necessidade de conservação célere dos dados armazenados, até porque a apreensão implica num arquivamento definitivo dos dados eletrônicos coletados, não podendo, de igual sorte, proporcionar a perda da sua integralidade ou qualidade.²⁶²

A questão da cadeia de custódia da prova digital, sem a pretensão de se esgotar o tema, é algo novo e merece reflexão, por estar intimamente ligado ao nosso cotidiano, a persecução penal e ao direito à prova. Esta, por sua vez, deve ser uma garantia integrante do devido processo penal e necessita metodologias legais para a sua produção, sob pena de infringir direitos e garantias individuais.

5.7 QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA

O Instituto da Cadeia de Custódia da prova penal verifica-se pelo conjunto de vários procedimentos, concatenados e relacionados, como elos de uma corrente, que outorga a preservar a integridade da prova, sua legalidade e confiabilidade.

A preservação da integridade do elemento probatório é essencial para que não haja comprometimento de toda a demanda processual penal.

²⁵⁹ WENDT, Valquiria Palmira Cirolini. A Prova Penal e a cadeia de custódia. *In*: WENDT, Emerson; LOPES, Fábio Motta (org.). **Investigação Criminal**: provas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 51-64.

²⁶⁰ *Ibid*, 2015. p. 51.

²⁶¹ RAMOS, Armando Dias. **A prova digital em processo penal**: o correio eletrônico. Madrid: Chiado, 2014.

²⁶² Convenção de Budapeste, é um tratado internacional sobre direito penal e direito processual penal, firmado no âmbito do Conselho da Europa a fim de promover a cooperação entre os países no combate aos crimes praticados por meio da Internet e com o uso de computadores. A Convenção de Budapeste é complementada por um **Protocolo sobre Xenofobia e Racismo** cometidos por meio de sistemas de computador.

Conforme demonstrou-se, no decorrer do trabalho, o não respeito à cadeia de custódia da prova penal infringe diretamente matéria processual, porém viola também o devido processo legal, tanto material quanto constitucionalmente. Nesse diapasão, é inevitável reconhecer que a quebra da cadeia de custódia caracteriza seu produto como prova ilícita, aderindo a todo o exposto anteriormente. Seja qual for o motivo, quando não há disponibilidade integral das provas para a defesa ou acusação, há a ruptura da cadeia de custódia da prova penal, em face do crivo do contraditório.

Conforme estabelece o *caput* do artigo 157 do CPP, deve-se desentranhar a prova do processo, assim como aquelas que dela derivam, respeitadas as exceções.

Acerca da integridade da prova, assinala Dias Filho:

Por integridade entende-se o caráter daquilo que está inteiro, ileso, que não sofreu alteração, incólume, idôneo (...). Logo, além da integridade se soma os procedimentos necessários à manutenção das características intrínsecas do vestígio, qualquer que seja sua natureza (física, química, biológica, etc.). Diante deste raciocínio, é notório que se incluam critérios de coleta, transporte, acondicionamento, preservação e armazenamento como formas de garantir a integridade da prova.²⁶³

Extrai-se, indubitavelmente, que a preservação da integridade das provas é essencial para que não se comprometa o processo penal e se mantenha a higidez probatória.

Todo o cuidado é pouco, necessário e justificado para que seja impedida a manipulação indevida da prova.

Quando se fala em prova penal esta deve ser dotada de credibilidade. E caso eu desconheça a proveniência de determinado elemento, nada impede que ele tenha sido manipulado e não seja autêntico.

Moraes, por sua vez, afirma que:

Com efeito, é importante salientar que a ausência de cuidado com a fonte de prova produzida repercute também no direito constitucional do devido processo legal e todos os meios e recursos a ele inerentes (ampla defesa, contraditório, paridade de armas), vez que visa garantir ao acusado condições de se defender e evitar arbítrios estatais, ou seja, o instituto permite 'avaliar se aquela prova que está no Tribunal, e que representa a materialidade de um ato criminosos, foi tratada com o devido rigor técnico-científico legal desde sua origem de colheita no local da infração penal.²⁶⁴

Sobre a preservação das fontes de prova, explica Prado:

²⁶³ DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. Cadeia de Custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. In: ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs.). **Doutrinas essenciais de Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2012. p. 403.

²⁶⁴ MORAES, Alexandre de. O devido processo legal e a vedação às provas ilícitas. **Consultor jurídico**. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-11/justica-comentada-devido-processo-legal-vedacao-provas-ilicitas>. Acesso em: 1 nov. 2021.

A alteração das fontes contamina os meios e sua não preservação afeta a credibilidade desses meios. De nada adianta argumentar em torno do ‘livre convencimento motivado’, pois existem *standards* de validade não disponíveis, que asseguram o caráter racional-legal da decisão e a imuniza dos espaços impróprios da discricionariedade e do decisionismo (o absurdo ‘decido conforme a minha consciência’, exhaustivamente denunciado por Lenio Streck).²⁶⁵

Em razão disso, tem-se o dever de tomar precaução com todas as fontes de prova obtidas fora do processo, não apenas pelo problema do demandado em contraditar tais elementos, mas também porque, via de regra, o elemento probatório, além de produzido pelo órgão acusador, fica sob seus cuidados.

Sobre a integridade e a higidez da prova na cadeia de custódia, Edinger, em suas palavras, define que:

A cadeia de custódia é considerada uma sucessão “de elos, que dizem respeito a um vestígio que, por sua vez, eventualmente, será considerado uma prova. Um elo é qualquer pessoa que tenha manejado esse vestígio. É dever do Estado - e, também, direito do acusado, identificar, de maneira coerente e concreta, cada elo, a partir do momento no qual o vestígio foi encontrado. Assim, fala-se em cadeia de custódia íntegra quando se fala em uma sucessão de elos provados.”²⁶⁶

Jefferson Carvalho, acerca da temática, afirma que:

O instituto da cadeia de custódia da prova é importante porque garante ao réu que todos os elementos que instruem a acusação foram obtidos em observância aos procedimentos legais, sobretudo porque, se assim não for, o Estado estará afrontando a garantia fundamental do indivíduo consubstanciada no devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Do mesmo modo, pode acarretar “na falta de integridade da prova, provocando danos irrecuperáveis no material coletado, comprometendo a idoneidade do processo e prejudicando a sua rastreabilidade”.²⁶⁷

A partir disso, tormentosa é a questão acerca da não preservação do instituto da cadeia de custódia, resultando na sua quebra e o descrédito do elemento probatório.

Sobre a quebra da cadeia de custódia, Prado afirma que:

A constatação em um processo concreto de que houve supressão de elementos informativos colhidos nestas circunstâncias fundamenta a suspeição sobre a infidelidade de registros remanescentes e realça a ineficácia probatória resultante da quebra da cadeia de custódia, cobrando da decisão judicial que ordena a obtenção do elemento probatório uma determinada estrutura, indicativa da prática que se realizará.²⁶⁸

²⁶⁵ PRADO, Geraldo. Ainda sobre a quebra da cadeia de custódia das provas. **Boletim do IBCCrim**, n. 262, set. 2014, p. 16.

²⁶⁶ EDINGER, Carlos. Cadeia de Custódia, rastreabilidade probatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 120, maio/jun. 2016. p. 242.

²⁶⁷ CARVALHO, Jeferson Lemes. Cadeia de Custódia e Sua Relevância na Persecução Penal. **Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics**, v. 5, p. 371-382, 2016. p. 373.

²⁶⁸ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 104.

Assim, havendo supressão de elementos informativos de prova ou a falta de cronologia acerca da existência da prova, faz com que não mais se possa falar na confiabilidade daquele material, seja na perspectiva de sua existência ou do manuseio pelas autoridades legais, impedindo, por consequência, que o acusado tenha a possibilidade de desempenhar o exercício da defesa à luz de toda a principiologia constitucional.

Ocorrendo a ruptura da cadeia de custódia, não há como assegurar que a fonte de prova é uníssona e confiável. A manipulação indevida, o não cuidado com o elemento custodiado, a falta de fiscalização e o descontrole de quem teve acesso a esse material, compromete o caráter de confiabilidade da prova, o que inviabiliza o direito de defesa, bem como a apreciação da mesma.²⁶⁹

Sobre a quebra da cadeia de custódia da prova, Carvalho afirma que: “pode acarretar ‘na falta de integridade da prova, provocando danos irrecuperáveis no material coletado, comprometendo a idoneidade do processo e prejudicando sua rastreabilidade”.²⁷⁰

A quebra da cadeia de custódia leva à ruptura da rastreabilidade da prova e à impossibilidade de se refazer o caminho empregado pela prova. Mas não é só isso. Eventual ruptura leva à perda de confiança do elemento probatório, pois uma vez que eu desconheço a origem da prova, não sei quem a manipulou, de onde ela foi retirada, o que foi feito com ela, que segurança jurídica eu tenho? Perde-se a credibilidade.

Nesse sentido, Grinover afirma que: “A quebra da cadeia de custódia está relacionada ao plano da admissão e não da valoração da prova, não podendo admitir-se dentro do processo penal prova técnica obtida sem a mínima observância da técnica ou método apropriado para a sua análise”.²⁷¹

Por tal razão, necessário se faz que o detentor da prova, que na maioria das vezes é o Estado, tenha todos os cuidados necessários quando da coleta, manipulação, transporte, armazenamento do material. Imprescindível essa consciência com a prova colhida, pois toda essa documentação produzida fora do processo, repercute também no direito constitucional do devido processo penal e a todos os meios e recursos a ele inerentes, como também as consequências legais advindas da inexistência do respeito a cronologia da prova.

²⁶⁹TABUENCA, Pilar Ladrón. La Cadena de custodia en el proceso penal español: revision normativa. *In*: NAVARRO, Carmen Figueroa. (org.). **La La Cadena de custodia en el proceso penal español**. Madrid: Edisofer, 2015. p. 25.

²⁷⁰CARVALHO, Jeferson Lemes. Cadeia de Custódia e Sua Relevância na Persecução Penal. **Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics**, v. 5, p. 371-382, 2016. p. 373.

²⁷¹GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo III série**: estudos e pareceres de processo penal. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 254.

Refere Edinger que ‘seja pelo princípio da ‘mesmidade’ ou pela ‘desconfiança’, a ausência da observância de um procedimento específico no momento da produção do elemento probatório pode gerar a quebra da cadeia de custódia da prova e, por consequência sua ilicitude’.²⁷²

Dentro do contexto de que o processo penal busca a reconstrução de fatos históricos, haja vista do fato ter ocorrido no passado, a administração da prova é de suma importância na busca pela verdade. Qualquer interrupção na cadeia de custódia, enfraquece substancialmente a prova.

Juarez Tavares, sobre a preservação da cadeia de custódia entende que:

Em apartada síntese, uma vez que em matéria penal não é possível presumir a legitimidade dos atos de investigação, para demonstrar a seriedade da prova, é preciso que a formação e a conservação do elemento de convicção ocorram em atenção a determinadas precauções inerentes à própria seriedade e transparência exigidas dos órgãos encarregados da investigação. A preservação da cadeia de custódia, serve, por exemplo, para demonstrar ao juízo que a prova apresentada para ser valorada é a mesma que diz respeito ao caso penal ou que não sofreu manipulação. A quebra da cadeia de custódia, ou a incapacidade da demonstração da cadeia de custódia, levam à invalidade da prova. Trata-se, portanto, de uma hipótese de prova ilícita.²⁷³

Por isso, afirma Lopes que “cadeia de custódia exige o estabelecimento de um procedimento regrado e formalizado, documentando toda a cronologia existencial daquela prova, para permitir posterior validação em juízo e exercício do controle epistêmico”.²⁷⁴

Sabe-se que a nossa Constituição Federal, como já dito, em seu art. 5º, inciso LVI, estabelece que *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos* e, somado a isso, no art. 157, *caput* do Código de Processo Penal, completa dizendo que *‘são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.*

Ou seja, a quebra da cadeia de custódia faz com que ela seja considerada uma prova ilícita, na medida em que, nos termos do art. 157 do CPP, viola normas legais.

A Lei 13964/2019 silencia quanto ao efeito da não preservação da cadeia de custódia da prova penal. Embora haja vários artigos minuciosamente detalhados, nada refere quanto ao momento processual conveniente para o exame da regularidade ou irregularidade do instituto, bem como é omissa acerca das consequências em caso de não cumprimento das regras atribuídas ao elemento de prova custodiado.

²⁷² EDINGER, Carlos. Cadeia de Custódia, rastreabilidade probatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 120, maio/jun. 2016. p. 237.

²⁷³ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e Verdade**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

²⁷⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017. p. 412.

Por tal motivo, a doutrina se divide em duas correntes.

A *primeira*, que entende que a quebra da cadeia de custódia da prova penal, resulta na exclusão do elemento probatório; já a *segunda*, interpreta que caberá ao juiz, no caso concreto, analisar, decidir e valorar a prova cuja cadeia de custódia tenha sido irregular.

No sentido da *primeira* corrente, sustenta haver uma ilegalidade que deveria ensejar a inadmissibilidade da prova, fundamentado na justificativa de que as provas possuem pouca credibilidade.

O Superior Tribunal de Justiça, dedicou seu olhar nesse sentido, por ocasião do julgamento do HC 160.662-RJ²⁷⁵.

É de considerar que a conservação das provas é obrigação do Estado e sua perda impede o exercício da ampla defesa. Essa foi a tese aplicada pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ao anular provas produzidas em interceptações telefônicas e e-mails que foram apagadas pela Polícia Federal.

As provas foram produzidas na operação negócio da China, deflagrada no ano de 2008, para investigar suspeitas de contrabando, sonegação de impostos e lavagem de dinheiro pelo Grupo Casa & Vídeo.

Os Ministros analisaram um pedido de Habeas Corpus de dois envolvidos. A defesa alegou falta de acesso dos investigados às provas, devido ao desaparecimento do material obtido por meio da interceptação telemática e de parte dos áudios telefônicos interceptados. Segundo a defesa, os dados foram apagados pela PF, sem que os advogados, o Ministério Público ou o Judiciário os conhecessem ou exercessem qualquer controle ou fiscalização sobre eles.

A defesa apontou, ainda, a inobservância do procedimento de incidente de inutilização de provas previsto no artigo 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96. Segundo ela, a eliminação

²⁷⁵ Superior Tribunal de Justiça, HC 160.662/RJ, 6ª T. j. 18.02.2014, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJE 17.03.2014. Habeas Corpus Nº 160.662 - RJ (2010/0015360-8) Relatora: Ministra Assusete Magalhães Impetrante: Fernando Augusto Fernandes e Outros Impetrado : Tribunal Regional Federal Da 2a Região Paciente : Luis Carlos Bedin Paciente : Rebeca Daylac Ementa Penal e Processual Penal. Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário. Utilização do remédio constitucional como sucedâneo de recurso. Não conhecimento do writ. Precedentes do supremo tribunal federal e do superior tribunal de justiça. Quebra de sigilo telefônico e telemático autorizada judicialmente. Supressão de instância com relação a um dos pacientes. Presença de indícios razoáveis da prática delituosa. Indispensabilidade Do Monitoramento Demonstrada Pelo Modus Operandi Dos Delitos. Crimes punidos com reclusão. Atendimento dos pressupostos do ART. 2º, I A III, da Lei 9.296/96. Legalidade da medida. Ausência de preservação da integralidade da prova produzida na interceptação telefônica e telemática. Violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas. Constrangimento ilegal evidenciado. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular as provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, determinando, ao Juízo de 1º Grau, o desentranhamento integral do material colhido, bem como o exame da existência de prova ilícita por derivação, nos termos do art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP, procedendo-se ao seu desentranhamento da Ação Penal 2006.51.01.523722-9.

dos dados só foi descoberta após insistentes pedidos à Justiça de acesso integral ao material interceptado. Além disso, alegaram que as interceptações violaram o direito à intimidade e à privacidade dos acusados.

Em análise do Habeas Corpus, a Relatora Ministra Assusete Magalhães, considerou legal a quebra dos sigilos telefônico e telemático, explicando que a intimidade e a privacidade das pessoas não são direitos absolutos. Ainda, para a Ministra, estava devidamente demonstrado nos autos que a prova cabal do envolvimento dos investigados na suposta trama criminosa não poderia ser obtida por outros meios que não a interceptação de comunicações.

De outra banda, a Ministra Assusete considerou ilegal a destruição do material obtido a partir das interceptações. Na sua análise, citou o princípio do devido processo legal e afirmou que as provas produzidas em interceptações não podem servir apenas aos interesses do órgão acusador, e que é imprescindível a preservação de sua integralidade, sem a qual fica inviabilizado o exercício da ampla defesa.

Quanto às interceptações telefônicas, a relatora destacou que a jurisprudência do STJ considera desnecessária a transcrição integral do material interceptado, mas é imperioso que, pelo menos em meio digital, a prova seja fornecida à parte em sua integralidade, com todos os áudios do período, sem possibilidade de qualquer seleção de trechos pelos policiais executores da medida.

Nesse julgado, compreendeu que a preservação da cadeia de custódia é essencial para assegurar o contraditório e a ampla defesa, em razão de uma interceptação telefônica, que ocorrendo o extravio de parte do conteúdo dos registros de áudios telefônicos. Como não foi preservada a integralidade do conteúdo das referidas gravações, o STJ entendeu que houve a quebra na cadeia de custódia e o conteúdo remanescente se tornaria ilícito e que a prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses da acusação.

Com base na quebra da cadeia de custódia, a ordem foi concedida, de ofício, para anular as provas produzidas nas interceptações, o que determinou ao juízo *a quo* o desentranhamento integral do material colhido, bem como o exame da existência de prova ilícita por derivação, nos termos do art. 157, § 1º e 2º do Código de Processo Penal.

Nesse sentido Grinover:

A eventual quebra da cadeia de custódia importa, portanto, na ilicitude da prova a que se refere aquele conjunto de atos, diante da necessidade de evitar o contágio daquilo que fomentará a convicção do juiz. Deverá o magistrado, inevitavelmente, reconhecer a ilicitude da prova contaminada e determinar o conseqüente desentranhamento dos autos. Sem dúvida, será necessário que se pronuncie também acerca da extensão da

ilicitude quanto a eventuais provas derivadas, dada a incidência da teoria dos frutos da árvore envenenada.²⁷⁶

Com base nisso, com a quebra dessa cadeia de custódia, concatenada e interligada de proteção da prova, perde-se o objeto, tornando-a ilícita e, resultando na sua inadmissibilidade.

E a ilicitude da prova, na análise de Aury Lopes:

A prova ilícita viola uma regra de direito material ou até mesmo a Constituição no momento de sua coleta fora do processo, gerando uma violação de intimidade, privacidade ou dignidade. Ademais, situa-se no plano da inadmissibilidade, o que impede a sua inclusão ou manutenção no processo, bem como a sua valoração.²⁷⁷

Por tudo que fora exposto, a quebra da cadeia de custódia, na visão de Tabuena diz que:

(...) havendo indícios, no processo, de que a cadeia de custódia de determinada prova foi quebrada, é impossível assegurar que a fonte de prova analisada ainda esteja incólume de modo a prestar qualquer valor probatório desde sua obtenção, sendo completamente invalidada.²⁷⁸

Ensina Edinger que a prova em que o instituto da cadeia de custódia foi fragmentado deverá ser considerada ilícita e, conseqüentemente, uma vez reconhecida sua ilicitude, de forma definitiva, deve haver o seu desentranhamento e a sua inutilização.²⁷⁹

Aliás, essa ilicitude da prova se impõe, uma vez que o desrespeito das normas antes elencadas compromete a prova por impossibilidade de se refazer novamente o caminho empregado que resultou na obtenção da prova.

Nesse contexto, Prado afirma:

O filtro processual contra provas ilícitas depende do rastreio das provas às fontes de provas (elementos informativos) e a ilicitude probatória, direta ou por derivação, é mais facilmente detectável na sequência deste rastro produzido entre as fontes de provas e os elementos (meios) probatórios propriamente ditos.²⁸⁰

Acerca da ilicitude da prova, Teresa Deu, entende:

A ilicitude não é questão de apreciação ou valoração, mas sim um pressuposto inevitável desta apreciação, isto é, que se requer tanto a inadmissibilidade da prova em cuja fonte se provocou a ilicitude, quando à proibição de sua valoração.²⁸¹

²⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo III série**: estudos e pareceres de processo penal. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 254.

²⁷⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 483.

²⁷⁸ TABUENCA, Pilar Ladrón. La Cadena de custodia en el proceso penal español: revision normativa. In: NAVARRO, Carmen Figueroa. (org.). **La La Cadena de custodia en el proceso penal español**. Madrid: Edisofer, 2015. p. 25.

²⁷⁹ EDINGER, Carlos. Cadeia de Custódia, rastreabilidade probatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 120, 2016. p. 251.

²⁸⁰ 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. 57.

²⁸¹ DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita**: um estudo comparado. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 103.

Ou seja, ocorrendo a destruição, total ou parcial, dos elementos informativos a respeito da prova, inviabiliza o exercício do direito de defesa, o elemento probatório torna-se questionável. Para tanto, as regras da cadeia de custódia servem para a credibilidade da prova e confiabilidade.

Como já dito, ocorrendo a quebra da cadeia de custódia seus reflexos podem ser irreversíveis para a validade do processo.

Dessa forma, assegurar mecanismos que garantem qualificação e integridade da prova, a fim de evitar a quebra da cadeia de custódia, é conceber a real função e finalidade do ‘processo’ democrático de direito, frente ao poder punitivo do Estado.

Nesse sentido, Otto fala que “o caráter dialético do processo vive disso, de ser um dispositivo estruturado para permitir que as partes possam criticamente colaborar para a formação da convicção judicial. De outra maneira, o processo seria desnecessário.”²⁸²

Portanto, por todo o exposto, inobservados os procedimentos legais e o devido cuidado com o reconhecimento, isolamento, coleta, manipulação, transporte e armazenamento e descarte da prova, pode acarretar a quebra da cadeia de custódia, o que dificulta o efetivo exercício do contraditório e, com isso, enfraquece o direito de defesa, gerando a exclusão do material probatório colhido sem o respeito aos procedimentos legais existentes, de modo que naturalmente não poderá ser objeto de qualquer valoração pelo magistrado. Ainda, na mestrilha, não de ser observados quais elementos estão contaminados, para que, da mesma forma, sejam excluídos da demanda.

Nesse sentido, conforme Lopes Jr. e J. Gloeckner “acolhendo-se a doutrina da contaminação dos frutos da árvore envenenada – *fruits of the poisonous tree* –, necessariamente teremos de reconhecer que as provas ilícitas (inclusive por derivação) devem ser consideradas nulas independentemente do momento em que foram produzidas.”²⁸³

Quebrar a cadeia de custódia é violar as regras que a definem e, portanto, é violar o devido processo penal.²⁸⁴

A quebra da cadeia de custódia da prova impõe a absolvição do acusado.

Em geral, como vimos, a doutrina entende pela inadmissibilidade da prova, pois não há como se refazer o caminho empregado quando ocorre a quebra da cadeia de custódia. E da

²⁸² KIRCHHEIMER, Otto. **Justicia política**: empleo del procedimiento legal para fines políticos. México: Uteha, 1968.

²⁸³ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo J. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 349.

²⁸⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021., p. 466.

mesma forma, não há que se falar em uma possível valoração de conteúdo probatório, mas sim, de exclusão de todo material não custodiado.

A falta de cronologia compromete a fiabilidade da prova, impedindo, dessa forma, que o acusado tenha acesso a todos os elementos de prova, bem como a possibilidade de desempenhar o efetivo exercício da sua defesa.

Geraldo Prado sobre a quebra da cadeia de custódia:

Quando ocorre a quebra da cadeia de custódia, não há de se verificar se houve ou não má-fé do agente custodiado, mas que, deve-se impor de plano o *in dubio pro reo*. Pois, com a destruição dos meios informativos é impossível o exercício do direito de defesa e da própria fiscalização judicial. Já que elimina qualquer tipo de possibilidade de se ter acesso a informações que, de primeira mão, poderiam justificar a intervenção da natureza cautelar, podendo ainda, se relacionar com outros elementos de prova.²⁸⁵

Ou seja, não há como falar em nulidade ou em valoração da prova no caso concreto, mas em exclusão de todo o material com todas as suas consequências, vez que o acusado está impossibilitado de exercer sua defesa à luz de toda a principiologia constitucional. Se houver a quebra da cadeia de custódia e, por consequência, a perda da credibilidade da prova, essa deve ser considerada ilícita.

Por outro lado, há uma *segunda corrente*, que entende que a prova deve ser admitida, mas seu valor deverá ser dimensionado na etapa da valoração, a partir da apreciação da gravidade da quebra e do grau de efetiva contaminação de sua confiabilidade.

A justificativa desta linha reside na compreensão de que as irregularidades na cadeia de custódia não seriam suficientes para motivar a ilicitude da prova, uma vez que esses registros da cadeia não seriam a ‘prova’ propriamente dita, mas uma ‘prova sobre a prova’, cujo propósito não seria demonstrar a veracidade ou falsidade das afirmações, mas assegurar a autenticidade e integridade da prova.

Esta corrente entende que o comprometimento da fiabilidade da prova consiste numa questão de grau, podendo, inclusive, o magistrado aproveitar algum elemento irregularmente custodiado.

Os doutrinadores que entendem por essa linha de argumentação, buscam evitar a exclusão de provas que futuramente poderiam ser fundamentais e capazes de auxiliar na determinação de fatos juridicamente relevantes para a defesa.

Nesse sentido, Gustavo Badaró entende que:

²⁸⁵ PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controle epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcia Pons, 2014. p. 50.

A quebra da cadeia de custódia não implica ilicitude da prova, devendo o problema ser resolvido no momento da valoração da prova, advertindo que mesmo nos casos mais graves, em que se tenham dúvidas sobre a autenticidade e integridade da prova, isso repercutirá no seu valor, incumbindo ao julgador esta análise.²⁸⁶

Como esclarece Paul Gianelli:

“Em última análise, a cadeia de custódia de uma evidência apresentada pela acusação deve ser adequada – não infalível”. Ou seja, em alguns casos, os elos da cadeia de custódia podem estar oxidados, mas não perdidos. Nesse caso, não há que se falar em inadmissibilidade da prova. O autor cita um caso no qual a defesa logrou êxito em demonstrar certa negligência na cadeia de custódia, lamentável em um laboratório forense. No entanto, o resultado final sobre a aceitabilidade ou não da prova, diante de uma irregularidade na cadeia de custódia, depende de quais inferências podemos tirar dessas circunstâncias, ou seja, quais foram as consequências dessa irregularidade na prova em si.

(...)

Para atender às regras do ônus da prova, a acusação não precisa provar que foram eliminadas todas as possibilidades de substituição, alteração ou adulteração da prova. A mera possibilidade de quebra da cadeia de custódia não torna a prova inadmissível, mas repercute na questão do peso da prova, que será valorado pelo júri. Deste modo, discrepâncias na cadeia de custódia como peso, número, data ou etiquetagem da evidência não resultarão sempre em exclusão da prova.²⁸⁷

O instituto da cadeia de custódia deve ser entendido para assegurar a credibilidade e fiabilidade da prova penal.

Neste contexto, diante da quebra da cadeia de custódia, caberá ao juiz, segundo seu entendimento, des(valorar) a prova em que houve a ruptura do elo da cadeia de custódia, creditando na prova, maior ou menor valor, conforme a gravidade da quebra.

Nesse sentido, Tiberio escreve que a quebra da cadeia de custódia não torna, por si só, inútil o elemento, para ele o que deve ser levado em consideração é antes de tudo a individualização do objeto em garantia.²⁸⁸

E para ilustrar, esse foi o entendimento do julgado n. 653515²⁸⁹. Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de Alexandre Rodrigues da Silveira contra

²⁸⁶ BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. *In*: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (orgs.). **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 535.

²⁸⁷ GIANNELLI, Paul C. Chain of custody. **Faculty Publications**, n. 345, p. 447-465, 1996. Disponível em: <https://bit.ly/2TEys5n>. Acesso em: 27 nov. 2021.

²⁸⁸ QUINTERO OSPINA, Tiberio. **Lessons on Colombian Criminal Procedure**. T.II, Wilches Legal Library, Bogotá, 1988. p. 134.

²⁸⁹ "Habeas Corpus. Imputação dos crimes previstos nos artigos 33, caput, e 35, ambos da Lei n.º 11.343/06. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Pedido de relaxamento da prisão cautelar e de trancamento da ação penal por ausência de justa causa, ou de revogação por inidoneidade de fundamentação do decreto prisional e ausência dos seus pressupostos, além de ofensa ao princípio da homogeneidade. Pedido de imposição de medidas cautelares diversas da prisão, diante da pandemia de COVID-19. Pretensões inconsistentes. I. Alegação de quebra na cadeia de custódia, em relação à materialidade do crime de tráfico de drogas. Não acolhimento. O trancamento da ação

acórdão proferido no HC n. 0076444- 74.2020.8.19.0000 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Consta dos autos que o Paciente, preso em flagrante em 28/10/2020, teve a prisão convertida em preventiva, por haver supostamente cometido os delitos dos arts. 33, caput, e 35, da Lei n. 11.343/2006, na forma do art. 69, c.c. o art. 61, inciso II, alínea 'j' do Código Penal, pois surpreendido com 51g (cinquenta e um gramas) de maconha, 41g (quarenta e um gramas) de crack e 31g (trinta e um gramas) de cocaína, além de um rádio transmissor supostamente conectado com o tráfico (fl. 18). Narra a Parte Impetrante sua irresignação com a prisão preventiva e em razão da quebra da cadeia de custódia da prova.

O entendimento estabelecido por maioria de votos pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao conceder habeas corpus e absolver um réu acusado de tráfico de drogas, foi no sentido de que a substância apreendida pela polícia foi entregue à perícia em embalagem inadequada e sem lacre. Para o colegiado, como a origem e outras condições da prova não foram confirmadas em juízo, ela não poderia ser utilizada como fundamento para a condenação. Para eles, embora houve a violação da cadeia de custódia – disciplinada pelos artigos 158-A a 158-

penal pela via do habeas corpus é medida excepcional, só admissível quando restar provada, sem necessidade de exame aprofundado do conjunto fático probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou a ausência de justa causa, o que não se verifica no presente feito. A ausência de embalagem oficial não autoriza o trancamento pretendido. Justa causa consubstanciada nos depoimentos Edição n° 0 - Brasília, Documento eletrônico VDA30603124 assinado eletronicamente nos termos do Art.1° §2° inciso III da Lei 11.419/2006 Signatário(a): MINISTRA Laurita Vaz Assinado em: 27/10/2021 20:13:37 Publicação no DJe/STJ n° 3262 de 03/11/2021. Código de Controle do Documento: 8ad6e2ad-be8f-432b-86a7-737d43738c57 colhidos durante as investigações. Plausibilidade do direito invocado que se faz presente. Análise aprofundada da prova que, a toda evidência, ultrapassa os estreitos limites do presente writ. II. Decisão satisfatoriamente motivada e alicerçada em elementos concretos, inexistindo qualquer vício a maculá-la. Fumus commissi delicti. Paciente preso em flagrante com quantidade considerável de droga para venda: 41g (quarenta e um gramas) de cocaína, na forma de 'crack'; 51g (cinquenta e um gramas) de maconha; e 31 (trinta e um gramas de cocaína em pó, em local conhecido como ponto de venda de drogas dominado por facção criminosa. Circunstâncias que, em princípio, denotam habitualidade na conduta imputada e envolvimento com a criminalidade organizada. Necessidade inequívoca de se garantir a ordem pública diante de provável reiteração criminosa, tendo em vista a gravidade concreta dos delitos imputados. Condições pessoais favoráveis não têm o condão de restabelecer o status libertatis do indivíduo, quando presentes os pressupostos da prisão preventiva, como no presente caso. Alegação de ofensa ao princípio da homogeneidade que não se sustenta, sendo, em princípio, incompatível com o teor da imputação, com a gravidade concreta da conduta cometida e com a via estreita do presente writ. Pandemia de COVID-19. Adoção de diversas medidas sanitárias e de saúde pública para enfrentamento da emergência em questão. Edição da Portaria Interministerial n.º 07, de 16/03/2020, dos Ministérios da Justiça e Segurança Pública e Saúde, no âmbito do Sistema Prisional, que prevê procedimentos a serem adotados de forma a evitar a propagação do vírus no interior dos estabelecimentos prisionais. Recomendação n.º 62/20, expedida pelo Conselho Nacional de Justiça, com previsão de que as prisões preventivas, durante a pandemia, hão de ser mantidas em caráter excepcional, o que não significa dizer que os presos deverão ser indistintamente colocados em liberdade ou que somente permanecerão no cárcere aqueles que não se incluam no rol de prioridades elencado pelo CNJ. Até porque, trata-se de mera recomendação, sem força de lei. Paciente que, embora não responda a processo por crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, foi capturado na prática de delitos de extrema gravidade, cujas circunstâncias – prisão na posse de elevada quantidade e variedade de drogas, em local conhecido como ponto de vendas de drogas, dominado por facção criminosa – constituem forte indicativo da inadequação ou insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão, acrescentando-se que não se trata de paciente que se insira no chamado grupo de risco. Prisão cautelar que não ofende o princípio da presunção de inocência. Verbete n.º 09 das Súmulas do STJ. Ausência de ilegalidade. Ordem denegada."

F do Código de Processo Penal – não implica, necessariamente, a inadmissibilidade ou a nulidade da prova colhida.

Nessas situações, eventuais irregularidades devem ser observadas pelo juízo ao lado dos demais elementos produzidos na instrução criminal, a fim de decidir se o elemento probatório questionado ainda pode ser considerada confiável. Só após essa confrontação é que o magistrado, caso não encontre sustentação na prova cuja cadeia de custódia foi violada, pode retirá-la dos autos ou declará-la nula.

Esse entendimento, segundo Lopes, não deve ser aplicado genericamente:

Mas essa posição não pode ser aplicada de forma geral, na medida em que comete o grave erro de desconectar a problemática das regras do devido processo e de uma premissa básica: forma é legalidade, forma é garantia. Portanto, a quebra situa-se na perspectiva de violação mais ampla das regras probatórias. Também conduz a um terreno perigosíssimo de decisionismo, dos espaços impróprios da discricionariedade judicial, na ingênua ‘crença na bondade dos bons’. Desloca-se para uma crença excessiva na valoração dos juízes, desconsiderando que existe uma violação prévia da legalidade que deveria ter conduzido para a inadmissibilidade. Em outras palavras, as regras probatórias servem para interditar o conhecimento do juiz, na medida em que houve a violação da legalidade.²⁹⁰

Não há dúvidas de que um elemento de prova não custodiado possui potencial lesivo, podendo inclusive contribuir para uma condenação ou absolvição injusta.

Ainda, importante ressaltar quanto à impossibilidade de remeter a análise da observância da cadeia de custódia da prova à sentença, pois o juiz deve permitir que as partes apresentem e discutam suas razões ao longo da demanda, tendo em vista o princípio do contraditório.

Por tudo que fora apresentado, e apesar da importância da matéria, a pergunta acerca da consequência de eventual quebra da cadeia de custódia segue sem resposta e suscita muitas dúvidas, mesmo para aqueles que defendem pela exclusão do elemento probatório, acolhendo o argumento que lhe confere tratamento equivalente ao da prova ilícita.

Entretanto, é preciso construir bases sólidas para um processo legal e democrático, sendo que a higidez probatória somente poderá ser alcançada à luz do respeito ao instituto da cadeia de custódia da prova penal.

²⁹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 468.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prova penal é um elemento decisivo para o processo, com forte influência para absolver ou condenar um indivíduo. O processo penal, por sua vez, é o instrumento de reconstrução dos fatos, sendo a prova o elemento nuclear, que dará suporte e condições para permitir a análise do feito pelo juiz.

Com base nisso, o presente estudo se ocupa a apresentar o Instituto da Cadeia de Custódia da Prova Penal, e a necessidade da história cronológica de determinado fato para o processo penal.

A cadeia de custódia da prova faz parte de um sistema de controle, que através de uma sucessão de atos e elos interligados, viabiliza proteger a integridade de um objeto de prova (e aqui as provas compreendem documentos, objetos, conteúdos materiais ou virtuais, entre outros.), bem como documentar a história cronológica da evidência, face sua singular importância e notoriedade no contexto decisório, devendo ser preservado com toda a sua essência.

Tendo em vista atender aos objetivos do Estado Democrático de Direito, permitindo que as partes tenham iguais oportunidades no processo penal, imprescindível a atenção que merece o instituto da cadeia de custódia da prova. A cada dia, a cadeia de custódia vai tomando corpo e recebendo significativa importância e notoriedade, pois cada vez mais se faz necessário assegurar a autenticidade das provas.

Toda e qualquer ação estatal deve visar a direitos, liberdades e garantias individuais, e a cadeia de custódia da prova visa a garantir que o que está sendo analisado pelo magistrado é íntegro e não sofreu manipulações irregulares. O mesmo objeto que foi colhido na cena do crime é aquele que está diante do juiz, de forma preservada e nos termos do *princípio da mesmidade* ou ainda, na perspectiva de que o conteúdo probatório realmente comprove ser o que é (*princípio da desconfiança*). Tudo isso a fim de dar credibilidade ao processo penal e à higidez dos elementos probatórios.

Entretanto, a ausência de protocolos rígidos que integram a cadeia de custódia da prova violentam as garantias constitucionais do imputado. A esse respeito, muito ainda merece reflexão, principalmente acerca do problema da inobservância dos procedimentos legais. Entretanto, o que se busca com a cadeia de custódia é obter o nível máximo de autenticidade da prova, ou seja, o vestígio genuinamente preservado em sua essência.

A legislação, por sua vez, é insuficiente para a garantia da fiabilidade probatória, porquanto silencia sobre os efeitos da quebra da cadeia de custódia e mesmo de sua inexistência. Entretanto, sobre o assunto, a dogmática penal se divide em duas correntes, os que entendem que a quebra da cadeia de custódia deve implicar na inafastável exclusão da prova penal e a outra, os que afirmam que deve o juiz, no caso concreto, analisar, valorar e decidir sobre o peso que esta prova não custodiada vai importar.

Outrossim, não se pode esquecer que no contexto do processo criminal é a liberdade do indivíduo que está em pauta, devendo o Estado estar atento em fiscalizar todas as provas que estejam relacionadas com determinado fato criminoso, afastando qualquer indicio de prova ilícita e suas derivações, atuando de forma efetiva para preservar o material probatório na fase investigativa até a sua definitiva entrega à autoridade judiciária para que se faça um julgamento legal e justo.

Assim, por tudo que fora exposto, sem pretender esgotar o tema, é possível concluir, diante dos preceitos constitucionais, como também pela doutrina e pela jurisprudência, que o efeito produzido pela quebra da cadeia de custódia será pela ilicitude de toda prova relacionada ao material violado e não custodiado, com o desentranhamento do processo.

Espera-se, com isso, contribuir para a existência de um processo penal democrático e constitucional, sem a pretensão de esgotar o tema, que fomenta muitas discussões, reflexões e debate acadêmico.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, HUMBERTO NOGUEIRA. **Consideraciones sobre el derecho a la presunción de inocência**. Revista Itus et Práxis. vol. 11, núm. 1, p.227.

AL-DHAQM, Arafat et al. A Review of Mobile Forensic Investigation Process Models. **Review of MFIPMs**, v. 8, 2020. Disponível em: <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1498990/FULLTEXT01.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2021.

ALSINA, Hugo. **Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1959. p. 267.

AMBOS, Kai. A teoria do efeito extensivo no direito processual penal estadunidense e sua aplicação ao processo penal alemão. *In*: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (coord.). **Proibições probatórias no processo penal**: análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra Editora, 1991.

ARDITI, Enrique A. Sosa, FERNANDEZ, José. **Juicio oral en el proceso penal**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.

ASSIS MOURA, Maria Tereza Rocha de. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de, **Provas ilícitas e proporcionalidade**, Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007.p. 205.

AVÓLIO, Luis Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônica clandestinas. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003.

AZEVEDO, Yuri; VASCONCELOS, Caroline Regina Oliveira. **Ensaio sobre a cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BACILA, Carlos Roberto. **Princípios de Avaliação das Provas no Processo Penal e as Garantias Fundamentais**. *In*: BONATO, Gilson (org.). Garantias Constitucionais e Processo Penal. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002. p. 100.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**: tomo II. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

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

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Os rituais judiciais e o princípio da oralidade**. Construção da verdade no processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

BARROS, Suzane Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996.

BAYTTELMAN A. Andrés; DUCE, J. Mauricio. **Litigación penal: juicio oral y prueba**. México: FCE, 2005, p. 283.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Pillares, 2013.

BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal**: entre o garantismo e a efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BERGMANN, Érico R. **Prova ilícita. A Constituição de 1988 e o Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público – AMP, 1992.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BIZZOTTO, Alexandre; ROGRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista**: visão constitucional e novas tendências. Goiânia: AB, 2003.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 73, 77-78, 538

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Portaria nº 242, de 10 de novembro de 2020. Institui o Comitê de Segurança Cibernética do Poder Judiciário. Brasília, DF, **Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça**, n. 358, p. 9-11, nov. 2020.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 1 nov. 2021.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário**

Oficial da União, Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 1 nov. 2021.

BRASIL. Lei de 18 de janeiro de 1822. Extingue os Tribunaes creados no Rio de Janeiro e estabelece a fôrma de Administração das Províncias do Brazil. **CLBR**, Rio de Janeiro, RJ, 1822. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-18-1-1822.htm. Acesso em: 20 nov. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014. Estabelece as diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 de julho de 2014.

BRASIL. Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2014. Disponível em: <https://diariofiscal.com.br/ZpNbw3dk20XgIKXVGacL5NS8haIoH5PqbJKZaawfaDwCm/legislacaofederal/portaria/2014/senasp82.htm>. Acesso em: 1 nov. 2021.

BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Portaria SENASP nº 82, de 16 de julho de 2014. Estabelece as Diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2014. <https://diariofiscal.com.br/ZpNbw3dk20XgIKXVGacL5NS8haIoH5PqbJKZaawfaDwCm/legislacaofederal/portaria/2014/senasp82.htm>. Acesso em: 14 nov. 2021

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (2008)**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi; ENGELMANN, Wilson. **DNA e investigação criminal no Brasil**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 82.

CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. **Da Prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 370.

CARNELLUTI, Francesco. **Verità, Dubbio e Certezza**. Tradução por Eduardo Cambi: Verdade, dúvida e certeza, 1997. Texto publicado originalmente na Revista Di Diritto Processuale, Padova: Cedam, 196. Vol. XX, p. 4-9. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22730253/carnelutti-c—verita-dubbio-certezza-traduzido>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)? *In*: WUNDERLICH, Alexandre (coord.). **Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

CARVALHO, Jeferson Lemes. Cadeia de Custódia e Sua Relevância na Persecução Penal. **Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics**, v. 5, p. 371-382, 2016.

CARVALHO, Jeferson Lemes. Cadeia de Custódia e Sua Relevância na Persecução Penal. **Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics**, vol.5, p.373, 2016. (<http://www.ipebj.com.br/forensicjournal/edicoes?volume=5&numero=4&artigo=220>) Acesso em 12 de janeiro de 2022.

CAVALIERI, Davi Valdetaro Gomes. **A admissibilidade das provas ilícitas no processo penal**. Rio Grande: Âmbito Jurídico, 2018.

CHASIN, Alice Aparecida da Matta. Parâmetros de confiança analítica e irrefutabilidade do laudo pericial em toxicologia forense. **Revista Brasileira de Toxicologia**, v. 14, n. 1. 2001. p. 40-46.

CHIOVENDA, Guisepppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1945. v. 3.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 329, de 30 de julho de 2020**. Brasília, DF, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Resolucao329_2020-30072020.pdf. Acesso em: 1 nov. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. San José, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 1 nov 2021.

COSTA FILHO, Paulo Enio Garcia da. **Medicina Legal e Criminalística**. Brasília: Vestcon, 2012, p. 22.

COUCEIRO, João Claudio. **A Garantia Constitucional do Direito ao Silêncio**. São Paulo: RT, 2004. p. 178/184.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao ‘Verdade, Dúvida e Certeza’ de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. **Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos**, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. Sapucaí do Sul: Notadez Informações, **Revista de Estudos Criminais do ITEC**, n. 1, p. 43. 2001.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções**. 1. ed. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. **Exame e levantamento técnico pericial de locais de interesse à justiça criminal: abordagem descritiva e crítica.** 2008. Dissertação (Mestrado em Medicina Legal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita: um estudo comparado.** São Paulo: Marcial Pons, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 367.

DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. Cadeia de Custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. *In:* ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs.). **Doutrinas essenciais de Processo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2012.

DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. Cadeia de Custódia: do local do crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. **Revista dos Tribunais.** v. 98. n. 883, maio/2009. p. 436-451.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paulo Sarno. **Curso de direito processual civil.** Salvador: Jus Podiom, 2007. v. 2. p. 32.

DIREITOS HUMANOS NET. **Regras mínimas das nações unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade.** [S.l.:s.n.], [20--?].

Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex46.htm. Acesso em: 1 nov. 2021.

DOMINIONI, Oreste. **La prova penale scientifica: Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione.** Milano: Giuffrè, 2005.

DORAN, Robert A. **Exploring the links in the chain of custody.** Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/66568187/Exploring-the-Links-in-the-Chain-of-Custody>. Acesso em: 1 nov. 2021.

EDINGER, Carlos. Cadeia de Custódia, rastreabilidade probatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 24, n. 120, maio/jun. 2016.

ESPÍNDULA, Alberi. **Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia.** São Paulo: Millenium, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O processo penal constitucional.** 6. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2010

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistemas de garantias. *In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades (org.). O novo direito e política*. Porto Alegre: Editora do Advogado, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: teoria del garantismo penal. 2. ed. Madrid, Trotta, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: Teoría del garantismo penal.. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: teoria do garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRER BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de; SAMPAIO, Denis. Cadeia de custódia da prova. *In: SILVA, Franklyn Roger Alves (org.). O processo penal contemporâneo e a perspectiva da Defensoria Pública*. Belo Horizonte: Editora CEI, 2020.

FIGUEIREDO, Daniel Diamantras; SAMPAIO, Denis. A cadeia de custódia na produção probatória penal. *In: PRIMEIRAS impressões sobre a lei 13.964/2019: pacote “anticrime” a visão da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2020. p. 28-58. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/3989eb7a1ab24ba28dacaecc70f32182.pdf#p%20age=28.%20Acesso%20em:%209%20out.%202020>. Acesso em: 11 nov. 2021.

FIGUEROA NAVARRO, María del Carmen. El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia. **La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciário**. Madrid, v. 8, n. 84, jul./ago. 2011.

FISHER, George. **Evidence**. New York: Foundation Press, 2002.

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. **A lógica das provas em matéria criminal**. 3. ed. Campinas: Brookseller, 1996.

GASCÓN ABELLÁN, Maria. **Los hechos en el derecho**: bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GASCON ABELLÁN, Marina. Prueba científica. Un mapa de retos. *In: VASQUEZ, Carmen (ed.). Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Gen/Atlas, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. Valor da Prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria criminal. *In*: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo;

GIACOMOLLI, Nereu José; SILVERIA, Edson Damas (orgs.). **Prova Penal**: Estado Democrático de Direito. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

GIANNELLI, Paul C. Chain of custody. **Faculty Publications**, n. 345, p. 447-465, 1996. Disponível em: <https://bit.ly/2TEys5n>. Acesso em: 27 nov. 2021.

GIL, Fernando. “Modos da Verdade”. [Entrevista conduzida por] Rui Cunha Martins. **Revista de Histórias das Idéias**, Coimbra: Instituto de História e Teoria das Ideias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, v. 23, 2002.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2015.

GOLDSCHIMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Barcelona, Labor, 1936.

GOLDSCHIMIDT, Werner. La imparcialidad como Principio Básico del Proceso. **Revista de Derecho Procesal**, n. 2, 1950.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). *In*: Yarshell, Flavio Luiz. Moraes, Mauricio Zanoide (coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanchez; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e Lei de Trânsito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O direito ao silêncio na prisão em flagrante. São Paulo, **Revista dos Tribunais**. v. 836. p. 399. jun. 2005. p. 1.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual civil brasileiro**: atos processuais a recursos e processos nos tribunais. 12. ed. São Paulo, 1987.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A nova lei processual penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 125.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo III série: estudos e pareceres de processo penal.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal.** São Paulo: Malheiros, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GUARNIERI, José. **Las Partes em el Proceso Penal.** México, José M. Cajica, 1952.

GUSMÁN, Nicolas. **La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica.** Buenos Aires: Editores del Puetro, 2011.

HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. *In:* VÁSQUEZ, Carmen García (org.). **Estándares de prueba y prueba científica.** Miami: Marcial Pons, 2013.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal.** Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 2005.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
<https://igp.rs.gov.br/ministerio-da-justica-visita-novo-predio-do-igp>. Acesso em: 15 out. 2021.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. **Los ‘hechos’ em la sentencia penal.** México: Fontamara, 2005.

IMWINKELRIED, Edward J. **The methods of attacking scientific evidence.** Virginia: The Michie Company, 1982.

INSTITUTO-GERAL DE PERÍCIAS. **Ministério da Justiça visita novo prédio do IGP.** Porto Alegre. 2021. Disponível em: <https://igp.rs.gov.br/ministerio-da-justica-visita-novo-predio-do-igp>. Acesso em: 15 out. 2021.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal: estudos e pareceres.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

JUNQUEIRA, Roberto de Rezende. Do livre convencimento do juiz e de seus poderes na aplicação das penas. **RT 483/245 e ss e Justitia.**, v. 37, n. 88, p. 89. Ministério Público de São Paulo, 1934.

JUSBRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. **Artigo 158A do Decreto lei nº 3689 de 03 de outubro de 1941.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/250911206/artigo-158a-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>. Acesso em: 1 nov. 2021.

JUSBRASIL. **CPP - Decreto Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941.** 1941. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10635808/paragrafo-8-artigo-411-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>. Acesso em: 1 nov. 2021.

JUSTIA. **Wong Sun v. United States**, 371 U.S. 471. 1963. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/>. Acesso em: 1 nov. 2021.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. A produção analógica da verdade no processo penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2015.

KIRCHER, Luís Felipe S. O convencimento judicial e os parâmetros de controle sobre o juízo de fato: visão geral, direito comparado e o Tribunal Penal Internacional. **Revista Due In Altum**, v. 10, n. 20, p. 179--206, jan./abr. 2018. p. 190. <https://revistas.faculdedamas.edu.br/>. Acesso em: 29 nov. 2021.

KIRCHHEIMER, Otto. **Justicia política**: empleo del procedimiento legal para fines políticos. México: Uteha, 1968.

LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963, v. 2. p. 157.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2014, p. 69.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote anticrime**. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 220.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo J. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**: parte general: actos procesales. Buenos Aires: Del Puerto, 2011. p. 71.

MAIER, Julio. **Derecho procesal penal**. tomo 1, Fundamentos, 2. ed, Buenos Aires, 1999. p. 859.

MARQUES, Frederico. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Bookseller, 1997, v. 2.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1961, v. 1.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O Princípio da oralidade e a descentralização da informação relevante no processo penal. Porto Alegre: Síntese, **Revista de Estudos Criminais**, n. 46. p. 169. 2012.

MATIDA, Janaína. **Epistemologia jurídica aplicada ao processo penal**. Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado (org. Joel Correa de Lima e Rubens Casara). São Paulo: Contracorrente, 2020.

MATIDA, Janaina; NARDELLI, Marcela Mascarenhas; HERDY, Rachel. A prova penal precisa passar por uma filtragem epistêmica. **Conjur**, mar. 2020.

MEDEIROS, Flávio Meirelles. **Código de Processo Penal Comentado**: Art. 204. O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito. Parágrafo único. Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos. [S.l.:s.n.], 2020. Disponível em: <https://flaviomeirellesmedeiros.com.br/artigo-204o-cpp/>. Acesso em: 1 nov. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas Ilícitas**: limites à licitude probatória. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris Editora, 2004.

MIGALHAS. Ministro Celso de Mello afirma que prisão cautelar não tem função de punir o réu. **Informativo**, n. 5257. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/71025/ministro-celso-de-mello-afirma-que-prisao-cautelar-nao-tem-funcao-de-punir-o-reu>. Acesso em: 30 nov. 2021.

MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos editor, 2. ed, 1909.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 39.

MORAES, Alexandre de. O devido processo legal e a vedação às provas ilícitas. **Consultor jurídico**. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-11/justica-comentada-devido-processo-legal-vedacao-provas-ilicitas>. Acesso em: 1 nov. 2021.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Ana Luisa Zago de. Prova penal: da semiótica à importância da cadeia de custódia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 132, p. 117.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal**: a bricolagem de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; MATIDA, Janaina. Para entender standards probatórios a partir do salto com vara. **Conjur**, São Paulo, mar. 2020.

NASSIF, Aramis. **O novo júri brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 9. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA Eugenio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude Regra de Beijing**. 1985. Disponível em: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/Regras-M%C3%ADnimas-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-para-a-Administra%C3%A7%C3%A3o-daJusti%C3%A7a-da-Inf%C3%A2ncia-e-da-Juventude-Regra-de-Beijing.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2021.

PACHECO, Eliana Descovi. Princípios norteadores do Direito Processual Penal. **Jornal Jurid.**, abr. 2007. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/noticias/principios-norteadores-do-direito-processo-penal>. Acesso em: 11 out. 2021.

PIEROBOM ÁVILA, Thiago André. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 160.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A ponderação de interesses me matéria de prova no processo penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

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

PRADO, Geraldo. Ainda sobre a quebra da cadeia de custódia das provas. **Boletim do IBCCrim**, n. 262, set. 2014, p. 16.

PRADO, Geraldo. Notas sobre proteção de dados, prova digital e o devido processo penal. Site Geraldo Prado. **Conjur**, ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-18/geraldo-prado-protecao-dados-prova-digital-devido-processo-penal>. Acesso em: 11 out. 2021.

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

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 28.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir provas contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

QUINTERO OSPINA, Tiberio. **Lessons on Colombian Criminal Procedure**. T.II, Wilches Legal Library, Bogotá, 1988. p. 134.

RAMOS, Armando Dias. **A prova digital em processo penal**: o correio eletrônico. Madrid: Chiado, 2014.

RAMOS, Maira Silva da Fonseca. A prova proibida no processo penal: as consequências de sua utilização. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 837, out. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7432>. Acesso em: 11 out. 2021.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 60.

ROSA, C.T.A. Locais de crime contra a pessoa: recomendações técnicas para a padronização de procedimentos e metodologias. *In*: TOCCHETO, D.; ESPINDULA, A (orgs.). **Criminalística**: procedimentos e metodologias. 3. ed. Campinas: Millenium, 2015.

SALGADO, Daniel Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **A prova no enfrentamento à**

macrocriminalidade. Salvador; Juspodium, 2015.

SANCHEZ -VERA GOMES-TRELLES, Javier. **Variaciones sobre la presunción de inocência**: análisis funcional desde el Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, Germano Marques. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. Lisboa: Editora Verbo, 2008. v. 3.

SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios penais**. Salvador: JusPODIVM, 2012.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **A vinculação do juiz no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1993.

SOUZA NETO, José Laurindo. **Processo Penal**: sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2006.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. O sentido comum teórico dos juristas e o princípio da verdade real: o ponto de encontro do solipsismo com o arbítrio. **Revista de Estudos Criminais**, v. 44, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, Wilian Galle. Sobre um possível diálogo entre a crítica hermenêutica e a teoria dos standards probatórios: notas sobre valoração probatória em trempos de intersubjetividade. **Novos Estudos Jurídicos**, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10981/pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583755>. Acesso em: 1 nov. 2021.

TABUENCA, Pilar Ladrón. La Cadena de custodia en el proceso penal español: revision normativa. In: NAVARRO, Carmen Figueroa. (org.). **La La Cadena de custodia en el proceso penal español**. Madrid: Edisofer, 2015.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2011.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e Verdade**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TAVORA, Nestor; ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal para concursos**. 3. ed. Salvador: JusPodium, 2012.

TEIXEIRA, Ana Paula Furlan. **Estudos das provas ilícitas no processo penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

TONINI, Paolo. **La prova penale**. 2. ed. Padova: Cedam, 1998.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 522.

TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO PENAL. STS 7710/2009. **Ponente: Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre**. 03.12.2009. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/6e8c24c50bb08e8c/20100121>. Acesso em: 26 nov. 2021.

URAZÁN BAUTISTA, Juan Carlos. **La Cadena de Custodia en el Nuevo Código de Procedimiento Penal**. [S.l.], [20--?]. Disponível em: <http://fundacionluxmundi.com/custodia.php>. Acesso em: 6 nov. 2021.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Cadeia de Custódia da Prova**. 2. ed, Portugal: Almedina, 2020. p. 23.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Standard* probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 16, n. 2, maio/ago. 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201961>.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 60

WENDT, Valquiria Palmira Cirolini. A Prova Penal e a cadeia de custódia. *In*: WENDT, Emerson; LOPES, Fábio Motta (org.). **Investigação Criminal: provas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Tese (Livre-docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008. cap. 4.