



A VIOLAÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA APÓS A LEI Nº 13.964/2019 SOB A ÓTICA DA EPISTEMOLOGIA JURÍDICA

Patricia Magalhães Galdino

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito
da Universidade Federal do Rio de Janeiro.
Advogada.

Resumo – o presente artigo tem como objetivo discutir as consequências jurídico-processuais da violação da cadeia de custódia, instituto inserido no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, por meio do referencial teórico da Epistemologia Jurídica. Para isso, são analisados os argumentos defendidos pelas principais correntes doutrinárias sobre o tema. Além disso, é realizado um estudo com relação ao que a Epistemologia Jurídica preconiza sobre a exclusão de provas com fundamento em regras. Por fim, discute-se o que deve ser considerado uma boa decisão no âmbito do processo penal e de que forma a exclusão de uma prova cuja cadeia de custódia foi violada pode interferir na sua produção.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Epistemologia Jurídica. Cadeia de custódia. Pacote Anticrime.

Sumário – Introdução. 1. Análise da controvérsia relativa às consequências jurídico-processuais da violação da cadeia de custódia da prova. 2. A eficácia da cadeia de custódia para a preservação da prova: uma visão desenvolvida a partir da Epistemologia Jurídica. 3. O critério definidor da qualidade de uma decisão e a desnecessidade de exclusão imediata da prova cuja cadeia de custódia foi violada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda a violação da cadeia de custódia a partir do referencial teórico da Epistemologia Jurídica. Para entender esse tema e a sua relevância, deve-se destacar, inicialmente, a previsão normativa da cadeia de custódia.

A primeira aparição desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu na Portaria 82/2014 da Secretaria Nacional de Segurança Pública. Entretanto, a cadeia de custódia só foi efetivamente inserida no Código de Processo Penal com a Lei nº 13.964/2019, também conhecida como “Pacote Anticrime”, que acrescentou os arts. 158-A a 158-F ao referido diploma legal.

É importante ressaltar que a regulamentação inserida nesses dispositivos do Código de Processo Penal possui a preocupação de mapear todo o manuseio da prova, desde a sua apreensão na cena do crime até a disposição final. A legislação apresenta o conceito do instituto, bem como as suas fases, o profissional que deve realizar os procedimentos necessários, os cuidados a serem tomados com o vestígio, o local no qual ele deve ser mantido – a saber, nas centrais de custódia – e a preservação do material após a perícia.

No entanto, a lei é omissa com relação à uma questão demasiadamente importante, que consiste nas consequências jurídico-processuais da violação da cadeia de custódia para a prova coletada. Ou seja, a lei prevê detalhadamente o procedimento a ser seguido, mas não aponta de que forma deve ser tratada a prova que foi objeto de um procedimento diferente daquele previsto em lei.

Diante da lacuna legislativa, há duas correntes doutrinárias principais. A primeira considera que a violação da cadeia de custódia torna a prova ilícita e, conseqüentemente, inadmissível. Por isso, deve ser retirada do processo. Já a segunda corrente afirma que deve ser considerado o grau de violação da cadeia de custódia, de forma a influenciar em sua valoração. Dessa maneira, quanto maior a violação, menor será o valor da prova colhida.

Nesse contexto, é possível perceber a importância de pesquisas científicas sobre o referido tema, visto que não há unanimidade na doutrina com relação ao tratamento dispensado à essas situações. Além disso, deve-se ressaltar que certas condições fáticas que cercaram a promulgação do Pacote Anticrime possibilitam o surgimento de muitos questionamentos relacionados à violação da cadeia de custódia na jurisprudência nacional.

Entre essas condições, é importante destacar a reduzida *vacatio legis* da lei, que pode ter prejudicado a implementação do procedimento legal até o início de sua vigência. Nesse contexto, podem surgir diversos casos nos quais o Poder Judiciário terá que enfrentar a questão referente às consequências jurídico-processuais da violação da cadeia de custódia.

O primeiro capítulo consiste no estudo dos fundamentos das duas principais correntes doutrinárias que abordam as consequências da violação da cadeia de custódia. Nele, busca-se investigar se há ou não relação entre os fundamentos dos referidos entendimentos – e, conseqüentemente a visão que cada um deles possui sobre a finalidade desse instituto – e a Epistemologia Jurídica.

O segundo capítulo, por sua vez, é constituído por uma análise da importância da cadeia de custódia para a preservação da prova. Esse exame é orientado pelo referencial teórico da Epistemologia Jurídica, por meio do qual busca-se constatar se a cadeia de custódia é uma medida eficaz para obter a melhor reprodução dos fatos apurados.

O terceiro capítulo, por fim, tem como ponto de partida a resposta encontrada no capítulo anterior. Por meio dela, pretende-se inferir qual é a corrente considerada mais adequada, determinando-se quais devem ser as consequências jurídico-processuais da violação da cadeia de custódia no ordenamento jurídico brasileiro.

Com relação à metodologia, deve-se ressaltar que a abordagem usada na presente pesquisa é qualitativa, por meio de uma análise exploratória do tema abordado. O procedimento



é o da revisão bibliográfica, no qual é estudada a principal produção doutrinária sobre o tema, bem como a legislação e a jurisprudência referentes a ele.

1. ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA RELATIVA ÀS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-PROCESSUAIS DA VIOLAÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

A Lei nº 13.964/2019 trouxe diversas modificações para a legislação processual penal. Entre elas, destaca-se a inserção da cadeia de custódia da prova no Código de Processo Penal. A partir da alteração legislativa, o instituto mencionado passou a ser regulamentado nos arts. 158-A a 158-F do Código de Processo Penal; entretanto, essa regulamentação deixou de contemplar um elemento de extrema importância, que consiste na determinação das consequências jurídico-processuais da violação da cadeia de custódia da prova.

Em razão disso, se tornaram inevitáveis debates doutrinários sobre o tema. Isso porque, se, por um lado, não se pode mais ignorar a normatividade da cadeia de custódia no direito brasileiro¹, por outro, não há indicação legal sobre o que deve ser feito nos eventuais casos de desrespeito ao seu procedimento.

Nesse contexto, ganham destaque duas principais correntes que versam sobre as consequências jurídico-processuais da violação da cadeia de custódia. Para que seja possível estabelecer um entendimento adequado sobre essas consequências, é imprescindível entender quais são os fundamentos das principais posições doutrinárias existentes. Dessa forma, entender-se-á melhor o instituto e tornar-se-á possível estabelecer qual é a sua relação com a Epistemologia Jurídica. A partir dessa relação, será desenvolvida a visão do instituto com base no mencionado referencial teórico.

A primeira posição, à qual se filiam, por exemplo, Geraldo Prado², Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa³, defende que a quebra da cadeia de custódia torna a prova inadmissível no processo em razão de sua ilegitimidade ou ilicitude; já a segunda, defendida por Gustavo Badaró⁴, Deltan Dallagnol e Juliana de Azevedo Santa Rosa Câmara⁵, entre outros,

¹VIEIRA, Antonio. A cadeia de custódia da prova no processo penal: algumas notas sobre as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). *Boletim bimestral Trincheira Democrática do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, Salvador, ano 3, nº 7, fev. 2020, p. 32.

²PRADO apud *ibid.*, p. 31.

³LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>>. Acesso em: 5 abr. 2021.

⁴BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para o processo penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. *Temas atuais da investigação preliminar no processo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 535.

⁵DALLAGNOL e CÂMARA apud VIEIRA, op. cit., p. 31.



aponta que a entrada da prova no processo não é impedida, mas o juiz deve considerar a diminuição ou perda da fiabilidade em razão da violação no momento de valoração da prova.

Segundo a primeira corrente, a partir da inserção da cadeia de custódia no Código de Processo Penal, o desrespeito ao procedimento estipulado pelo legislador consiste em uma violação de uma norma legal. Sob esse aspecto, deve-se destacar o art. 158-B do Código de Processo Penal, que conceitua as dez fases do procedimento da cadeia de custódia.

Logo, se houver violação desse procedimento, a fonte de prova coletada e preservada por meio da cadeia de custódia é ilícita e deve ser desentranhada do processo⁶. Entende-se que a nova regulamentação da cadeia de custódia determina que a confiabilidade de uma prova dependerá do rastreamento do percurso do vestígio segundo os moldes legais, e não mais boa ou má-fé dos agentes que o manuseiam⁷.

Além disso, argumenta-se que a eficácia ou efetividade da cadeia de custódia está diretamente relacionada com a exclusão do elemento probatório adquirido por meio de uma cadeia de custódia irregular. Segundo Matida⁸, deve-se evitar que a cadeia de custódia se torne uma “cadeia de aproveitamento de irregularidades”.

Nesse sentido, entende-se que o não reconhecimento da ilicitude probatória leva “à relativização da própria orientação normativa e esvaziamento do propósito buscado pelo legislador”⁹. Como efeito, seria ocasionada a insegurança jurídica, pois a consequência da violação da cadeia de custódia dependeria da discricionariedade do julgador.

Ademais, deve-se destacar que esse entendimento considera que a possibilidade de o julgador poder valorar a prova obtida – ou seja, determinar a sua relevância para o processo – traz diversos perigos. Isso porque não se pode olvidar o potencial lesivo de um elemento probatório não custodiado corretamente, especialmente em razão da força persuasiva que tais fontes de prova possuem¹⁰. É possível que esse elemento probatório apoie uma hipótese fática

⁶BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. Da Ilicidade da Prova em Razão da Quebra da Cadeia de Custódia. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, Porto Alegre, v. 15, nº 1, p. 73-82, set. 2020, p. 79.

⁷MATIDA, Janaina. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de inocentes. *Boletim IBCCRIM*, ano 28, nº 331, p. 7-8, jun. 2020. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/441>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

⁸Ibid.

⁹BORRI; SOARES, op. cit., 79-80.

¹⁰Via de regra, a cadeia de custódia tem como objeto vestígios que tem grande poder de convencimento. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de interceptação telefônica, exame de DNA ou prova pericial que comprova que a substância apreendida é uma droga ilícita. O poder de convencimento elevado é atribuído a esses elementos probatórios porque eles possuem uma alta carga de evidência, já que se relacionam diretamente com o fato histórico investigado.



falsa, o que pode trazer vários efeitos prejudiciais se o magistrado escolher valorar a prova custodiada de forma indevida no caso concreto¹¹.

Uma prova é, portanto, prejudicada de maneira irreparável quando o procedimento legal não é respeitado¹². Se a função do material probatório no processo é possibilitar “uma reconstrução dos fatos o mais próxima possível da realidade”¹³, o desrespeito à cadeia de custódia traz não só o risco de interferências irregulares sobre esses materiais, mas, também, o risco de ser realizada uma reconstrução equivocada dos fatos.

Com relação à segunda corrente, deve-se, inicialmente, realizar uma elucidação terminológica. De acordo com Badaró¹⁴, o que é chamado de “violação da cadeia de custódia” deve ser entendido como uma “violação da documentação da cadeia de custódia”. Já que a cadeia de custódia consiste na sucessão encadeada dos indivíduos que tiveram contato com o vestígio, é impossível que ela seja violada. O que é objeto de violação, segundo o autor, é a documentação que atesta essa sucessão de indivíduos¹⁵.

Dessa forma, se uma fonte de prova que foi obtida e preservada por meio da cadeia de custódia é adulterada, a violação é da própria prova e não da cadeia de custódia. Por outro lado, se houve uma irregularidade documental, o que se verifica é efetivamente uma violação da cadeia de custódia.

Segundo essa corrente, a existência de vícios na cadeia de custódia não deve levar, necessariamente, à ilicitude da prova. É necessário diferenciar os casos de omissões e irregularidades leves das situações que contêm vícios graves. O que distingue essas duas situações é a existência ou não de dúvida com relação à autenticidade e integridade da fonte de prova. Conforme Badaró¹⁶, essa dúvida deve ser fundamentada na probabilidade de adulteração, substituição ou modificação do vestígio, demonstrada por indícios no caso concreto.

Na ausência desses indícios, a questão referente à violação deve ser resolvida no momento da valoração da prova¹⁷. Se, mesmo no caso de vícios mais graves, o julgador optar por admitir a prova, isso deve ser feito por meio de um esforço argumentativo considerável, de

¹¹MATIDA, op. cit.

¹²MENEZES, Isabela Aparecida de; BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, nº 1, p. 277-300, jan./abr. 2018, p. 294.

¹³MATIDA, op. cit.

¹⁴BADARÓ, op. cit., p. 524.

¹⁵Ibid., p. 534.

¹⁶Ibid., p. 536.

¹⁷Ibid., p. 535.



forma que seja demonstrado por quais razões é possível superar a dúvida e confiar na autenticidade e integralidade da fonte de prova¹⁸.

Esse entendimento reconhece os riscos causados pela admissibilidade da prova, entretanto, fundamenta-se no fato de que, apesar de a cadeia de custódia ter como função a garantia da autenticidade e integralidade da fonte de prova, esta e aquela não se confundem. Dessa forma, a cadeia de custódia não “se destina a demonstrar a veracidade ou a falsidade de afirmações sobre fatos que integram o *thema probandum*”¹⁹.

Ambas as visões aqui abordadas reconhecem a importância da cadeia de custódia para preservar a autenticidade – ou “mesmidade”²⁰ – e a integridade da prova, entretanto, colocam importâncias diferentes nessa garantia. Nesse contexto, é possível notar que o ponto nodal de conflito é a associação da quebra da cadeia de custódia com a qualidade da reprodução dos fatos construída pela fonte de prova coletada. É aqui que se observa a relação entre o instituto e a Epistemologia Jurídica, visto que esta última analisa, entre outras questões, o problema da reprodução dos fatos no contexto do processo judicial.

Aqueles que defendem que a prova deve ser inadmitida no processo entendem que, como a função da cadeia de custódia é garantir que a reprodução dos fatos históricos realizada durante a instrução probatória seja a mais próxima possível da realidade, a sua violação cria o risco de adulteração do material colhido²¹. Nesse contexto, a possibilidade de falsidade do elemento probatório torna irrelevante o seu conteúdo, que não poderá ser usado para fundamentar a decisão judicial.

Segundo a referida visão, esse risco é algo que não pode ser tolerado em um sistema acusatório. Afirma-se que as escolhas realizadas no contexto desse sistema são guiadas pela premissa de que, diante da impossibilidade da inexistência de erros judiciais, apresenta-se como mais suportável a absolvição de um culpado do que a condenação de inocentes. E, como a cadeia de custódia é vista como um mecanismo que visa transformar o sistema inquisitorial que ainda predomina no âmbito da investigação criminal em um sistema acusatório²², é essa ideia que deve conduzir os entendimentos referentes a ela.

Por outro lado, aqueles que defendem que a violação da cadeia de custódia não impede a admissibilidade da prova, mas é uma questão que deve ser levada em consideração na sua valoração, entendem que a prova não se confunde com a documentação da cadeia de custódia.

¹⁸Ibid., p. 536.

¹⁹Ibid., p. 535.

²⁰PRADO apud MATIDA, op. cit.

²¹Ibid.

²²Ibid.



É possível haver uma irregularidade documental sem que a fonte de prova – e, portanto, a reprodução dos fatos históricos – seja prejudicada. Entende-se que deve ser avaliada a gravidade do vício, bem como se há a presença de indícios que levem a crer que a irregularidade documental foi acompanhada por uma adulteração da prova.

Pode-se concluir que esta última visão interpreta de maneira diferenciada o problema da reprodução dos fatos no processo, visto que não há uma relação direta entre a qualidade dessa reprodução e a violação da cadeia de custódia. Ou seja, entende-se que a possibilidade de falsidade do elemento probatório não é uma consequência necessária da irregularidade na documentação, de forma que o elemento probatório pode continuar relevante, apesar da irregularidade. Em razão disso, a adulteração da própria fonte de prova deve ser demonstrada no caso concreto.

2. A EFICÁCIA DA CADEIA DE CUSTÓDIA PARA A PRESERVAÇÃO DA PROVA: UMA VISÃO DESENVOLVIDA A PARTIR DA EPISTEMOLOGIA JURÍDICA

Conforme estabelecido anteriormente, as correntes doutrinárias acerca das consequências da violação da cadeia de custódia – e, por extensão, o próprio instituto da cadeia de custódia – possuem relação com a Epistemologia Jurídica. Essa relação se consubstancia na preocupação que ambos os entendimentos possuem com a fiabilidade da prova, ou seja, com a aptidão que a prova possui para reproduzir adequadamente os fatos investigados. Nesse contexto, faz-se necessário analisar se a visão empregada pela Epistemologia Jurídica realmente é eficaz para a proteção da fiabilidade da prova.

É imprescindível destacar que a Epistemologia Jurídica – também chamada de “Direito Probatório”²³ – deve ser entendida como “a justificação das proposições sobre os fatos que interagem o raciocínio do julgador no momento em que se lhe exige uma decisão sobre quem merece a tutela jurisdicional no caso individual”²⁴. Essa definição é embasada em uma acepção mais moderna da Epistemologia Jurídica, na qual considera-se que seu objeto não é a produção de um conhecimento teórico, mas, sim, do conhecimento de situações de fato que são relevantes para a decisão judicial.

²³SCHAUER, Frederick. Em defesa do direito probatório fundado em regras – e da epistemologia também. Tradução Lucas Miotto. *Teoria jurídica contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 1, nº 2, p. 319-335, jul./dez. 2016, p. 320.

²⁴HERDY, Raquel; MATIDA, Janaina. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: CUNHA, José Eduardo. *Epistemologias críticas do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 209.



Considerar que a Epistemologia Jurídica tem como objeto o conhecimento dos fatos significa dizer, também, que ela denota uma preocupação com a verdade – que pode ser conceituada como a correspondência entre o objeto presente no mundo e o seu reflexo na mente do sujeito²⁵. Embora a descoberta da verdade não seja o objetivo do processo judicial, é possível dizer que ela possui um papel regulador no direito, de forma que a identidade entre a reprodução fática produzida no bojo do processo e os fatos históricos ocorridos é algo desejável, apesar de nem sempre ser possível²⁶.

Entende-se, portanto, que há um compromisso epistêmico no processo, visto que ele deve possuir uma preocupação com uma reprodução dos fatos, para que ela seja o mais próximo possível da realidade. É nesse contexto que pode ser encontrada uma discussão com relação às regras de exclusão de provas, que são regras jurídicas usadas como fundamento para excluir do processo – e, portanto, da apreciação do julgador com relação à conclusão que deve ser tomada após a instrução probatória – provas que tem grandes chances de estarem fundadas em premissas falsas²⁷.

Nesse sentido, sob a ótica da Epistemologia Jurídica, as consequências jurídicas da violação da cadeia de custódia devem ser abordadas no âmbito das regras de exclusão da prova. Devem ser ressaltadas duas posições principais sobre o tema.

Por um lado, é possível destacar epistemólogos que defendem que não há uma incompatibilidade entre a existência de regras excludentes de provas e a necessidade de uma reprodução fática confiável. A fundamentação principal para essa posição é a ideia de que inserir no processo prova que pode ter como fundamento fato falso prejudica a cognição do juiz. Por isso, apesar de a exclusão de uma prova diminuir o arsenal fático que o julgador possui à sua disposição para concluir o caso concreto, a qualidade das inferências probatórias produzidas será maior, o que possibilita o cumprimento do compromisso epistêmico do processo²⁸.

De acordo com Schauer²⁹, o direito é um sistema excludente por natureza, no qual o legislador estipula regras que excluem fatores que poderiam ser levados em consideração por tomadores de decisão que tem acesso a informações ilimitadas. Essas regras orientam o decisor

²⁵BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade: teoria do conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1985, p. 132.

²⁶HERDY; MATIDA, op. cit., p. 211.

²⁷A título exemplificativo, é possível citar a exclusão de confissão obtida mediante tortura. Parte-se da premissa segundo a qual a dor afligida ao réu o fará afirmar qualquer coisa, de forma que a falsidade da informação obtida é uma possibilidade. Ibid., p. 222.

²⁸Ibid., p. 221-222.

²⁹SCHAUER, op. cit., p. 329-330.



a selecionar apenas os fatos que podem ser usados na tomada de decisões jurídicas. Em razão disso, é intuitivo defender que a investigação factual realizada no contexto do processo judicial deve seguir esse raciocínio excludente, que fundamenta o próprio sistema jurídico.

Pode-se notar que a ótica segundo a qual é possível a coexistência harmônica entre regras que excluem provas e compromissos epistêmicos no processo possui uma fundamentação de natureza similar àquela usada para determinar a exclusão de prova nos casos de violação da cadeia de custódia, conforme a exposição realizada no capítulo anterior. Essa similaridade não se trata de coincidência, visto que a referida posição com relação à Epistemologia Jurídica é expressamente adotada por adeptos da corrente que preconiza a exclusão da prova que é objeto de cadeia de custódia violada.

Por outro lado, há epistemólogos que defendem a impossibilidade de compatibilização entre a exclusão de provas com fundamento em regras jurídicas e a necessidade de estabelecer uma reprodução fática confiável no processo judicial, visto que a finalidade da Epistemologia Jurídica é a aproximação entre a reprodução dos fatos em sede judicial e os fatos históricos ocorridos. Bentham³⁰, por exemplo, afirma que a tomada de decisão no âmbito do processo penal deve levar em consideração qualquer informação que seja relevante; atribuindo a cada uma delas o valor que correspondesse à sua fiabilidade. O que se observa é que o autor preconiza uma tomada de decisão similar àquela realizada por pessoas comuns, que não utilizam regras excludentes.

O que Bentham defende é um “sistema de prova livre”³¹, no qual a investigação probatória dos fatos não é guiada por regras que devem ser seguidas mesmo quando a sua aplicação leva a um resultado que contradiz o motivo pelo qual a regra foi instituída. Nesse sistema, a falta de fiabilidade de uma prova seria uma questão de grau, e não de exclusão. É possível, portanto, notar uma semelhança entre o raciocínio aqui desenvolvido com a posição defendida por Badaró³² com relação à valoração da prova cuja cadeia de custódia foi violada.

No que faz referência às semelhanças existentes entre a posição segundo a qual a Epistemologia Jurídica não deve se utilizar de regras excludentes e a posição doutrinária de Badaró com relação à quebra da cadeia de custódia, também é importante mencionar o argumento usado por Laudan³³. Segundo o epistemólogo, deve existir uma presunção de admissibilidade de toda prova confiável e não-redundante, e essa presunção só pode ser

³⁰BENTHAM apud *ibid.*, p. 321.

³¹*Ibid.*, p. 322.

³²BADARÓ, *op. cit.*

³³LAUDAN apud SCHAUER, *op. cit.*, p. 324-325.



superada se houver indícios no caso concreto de que a admissão da prova diminuiria a precisão da decisão.

Diante dessa divergência encontrada no âmbito da Epistemologia Jurídica e da similaridade entre os argumentos usados nesse campo de conhecimento e no contexto das discussões sobre as consequências jurídico-processuais da violação da cadeia de custódia, é possível perceber a profundidade do conflito doutrinário. Apesar da divergência apontada, será usada, para analisar o objeto inicialmente proposto, o sistema de regras excludentes e não o de provas livres.

Essa escolha se dá em razão do fato de que, como apontado anteriormente, o sistema segundo o qual a exclusão de provas deve ser baseada em regras é aquele explicitamente defendido por partidários da exclusão da prova cuja cadeia de custódia foi violada. Por outro lado, o sistema de provas livres não é adotado de forma expressa pelo entendimento segundo o qual a violação da documentação da cadeia de custódia é uma questão a ser considerada no âmbito da valoração da prova.

Nesse âmbito, é importante destacar que a eficácia de uma regra excludente é um fator fundamental para a sua aplicação, pois, conforme Schauer³⁴, regras excludentes são aquelas que “[...] no decorrer do tempo, e para uma determinada população, produzam o maior número ou a maior porcentagem de boas decisões e o menor número ou menor porcentagem de decisões ruins”. Em outras palavras, uma regra que determina a exclusão de provas é considerada eficaz quando é capaz de maximizar as decisões vistas como adequadas e minimizar aquelas que são consideradas inadequadas.

O problema dessa proposição é que ela depende, para a sua aplicação, da aceitação de diversas premissas sobre o que é o direito e de que forma ele deve funcionar. A concepção do que é uma “boa” decisão, por exemplo, está condicionada pelas finalidades que são atribuídas ao direito. Trata-se, portanto, de verdadeira divergência teórica³⁵. Nesse contexto, as regras excludentes são fundadas, simultaneamente, em uma visão que é geral e abstrata, mas depende da aceitação de premissas específicas.

A consequência desse conflito é o fato de que a eficácia de uma regra excludente não pode ser verificada sob um ponto de vista meramente teórico. Ela depende da demonstração, na realidade fática, de que a sua aplicação aumentará o número de decisões boas e diminuirá o número de decisões ruins.

³⁴Ibid., p. 333.

³⁵SERRANO, Pablo Jiménez. *Epistemologia do Direito: para uma melhor compreensão da ciência do direito*. Campinas: Alínea, 2007, p. 33.



Ou seja, a Epistemologia Jurídica, isoladamente aplicada, não é capaz de garantir a eficácia de uma regra excludente. Entretanto, é importante existir uma preocupação com a eficácia das referidas regras, especialmente ao se considerar a concepção moderna da Epistemologia Jurídica, que, como mencionado inicialmente, possui uma preocupação com a realidade fática.

No caso da cadeia de custódia, a incapacidade de garantir a eficácia da exclusão da prova cuja cadeia de custódia foi contaminada significa que ainda é necessário avaliar outros aspectos relacionados ao instituto. Essa análise é uma condição necessária para que sejam alcançadas conclusões mais contundentes sobre a posição a ser tomada sobre as consequências jurídico-processuais da violação da cadeia de custódia.

3. O CRITÉRIO DEFINIDOR DA QUALIDADE DE UMA DECISÃO E A DESNECESSIDADE DE EXCLUSÃO IMEDIATA DA PROVA CUJA CADEIA DE CUSTÓDIA FOI VIOLADA

O uso de uma regra que determina a exclusão de provas é legitimado pelo fato de que, apesar de haver a possibilidade de as consequências de seu uso serem inadequadas em casos isolados, a sua aplicação reiterada em um determinado local e em uma época específica tem a capacidade de maximizar o número de decisões boas e minimizar o número de decisões ruins. Entretanto, não é possível, por meio de um ponto de vista puramente embasado na Epistemologia Jurídica, determinar se uma regra excludente possui ou não esse atributo.

Em razão disso, é necessário analisar se existem indícios concretos de que a inadmissibilidade de uma prova em razão da violação da cadeia de custódia possui a referida capacidade. É importante, para isso, definir o que é uma decisão boa.

De acordo com Matida³⁶, um sistema acusatório parte da premissa de que, como é impossível que não ocorram erros judiciais, é preferível a absolvição de um culpado do que a condenação de um inocente. Sob essa ótica, a exclusão da prova cuja cadeia de custódia foi violada é algo que aumenta o número de decisões boas. Isso porque, com a retirada da referida prova, há dois resultados possíveis: o primeiro é a absolvição do réu pela ausência de provas suficientes da sua culpabilidade; e o segundo é a condenação com fundamento no restante do conjunto probatório.

³⁶MATIDA, op. cit.

É evidente que, entre os casos de absolvição nos termos do parágrafo anterior, estarão abarcadas situações nas quais o réu era culpado e a violação na documentação da cadeia de custódia não foi acompanhada por uma manipulação da prova e as situações nas quais o réu era inocente e a violação na documentação da cadeia de custódia denotou, também, uma adulteração da prova. Segundo a concepção explicada, a proteção deste último grupo é uma finalidade de tamanha importância que o fato de ela ter sido acompanhada pela absolvição do primeiro grupo não é algo preocupante.

No entanto, é importante destacar que essa não é a melhor forma de prestigiar o princípio da presunção de inocência. Deve-se ressaltar que a presunção de inocência impõe, no âmbito interno ao processo, que o juiz cumpra uma regra de tratamento, que consiste em tratar o réu como inocente durante a persecução penal; e uma regra de julgamento, consubstanciada na necessidade da absolvição do réu quando há dúvida sobre a sua culpabilidade³⁷.

No âmbito da regra de tratamento imposta pelo princípio da presunção de inocência, não se pode olvidar que o tratamento dispensado ao réu não deve possuir relação com a convicção pessoal do juiz. Dessa forma, mesmo que o juiz esteja intimamente convencido da culpabilidade do réu, deve tratá-lo como se fosse inocente. Em razão disso, o julgador possui um ônus argumentativo em suas decisões durante a persecução penal, visto que estas devem encontrar fundamentos diversos da possibilidade de prática do fato investigado.

Além disso, o fato de o dever de tratamento não estar relacionado à convicção do juiz significa que, no momento da sentença, já satisfaz a presunção de inocência tratar o réu processualmente como inocente – visto que, no momento da sentença proferida em primeira instância, ainda não ocorreu o trânsito em julgado – e, concomitantemente, condená-lo. Nesse contexto, a imposição trazida pelo princípio da presunção de inocência é formal, de modo que o respeito ao referido princípio não é afastado pelo conteúdo da sentença condenatória, desde que ela esteja devidamente fundamentada.

Com relação à regra de julgamento, deve-se destacar que seu uso somente encontra espaço nos casos em que há incerteza sobre os fatos considerados relevantes para a resolução da controvérsia³⁸. Nesse sentido, a regra imposta pelo princípio da presunção de inocência é a de que, no caso de dúvida razoável sobre a culpabilidade, o réu deve ser absolvido, pois é presumidamente inocente.

Disso se pode inferir que a aplicação do princípio da presunção de inocência no âmbito da regra de julgamento sempre terá como consequência a absolvição, mas a absolvição nem

³⁷LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 96-97.

³⁸HERDY; MATIDA, op. cit., p. 225.



sempre será antecedida pela aplicação do princípio da presunção de inocência segundo a regra supramencionada. Essa circunstância é demonstrada pela própria organização do art. 386 do Código de Processo Penal³⁹, no qual estão elencadas as causas que fundamentam a absolvição.

Logo, o que a regra de julgamento impõe ao juiz é que ele analise o conteúdo fático-probatório produzido no bojo do processo, para que, apenas no caso de sua insuficiência, use o princípio da presunção de inocência para fundamentar a absolvição. É possível perceber que a fundamentação é imprescindível nesse contexto, porque é por meio dela que o juiz vai afirmar se o conjunto probatório é suficiente ou não.

Dessa forma, pode-se notar que o cumprimento dos deveres impostos ao juiz pelo princípio da presunção de inocência ocorre por meio da fundamentação. É por isso que se mostra mais adequada a concepção de que uma decisão é considerada boa quando é devidamente fundamentada, conforme o art. 93, IX da Constituição da República Federativa do Brasil⁴⁰. O fato de o legislador constituinte ter elegido a fundamentação de uma sentença como uma condição de sua validade demonstra que o uso desse critério é suficientemente adequado e objetivo para considerar uma decisão como adequada.

Partindo-se do pressuposto que decisão boa é aquela que possui uma devida fundamentação, a questão que se coloca é saber se a retirada da prova cuja documentação da cadeia de custódia foi violada possui ou não o potencial para aumentar o número de decisões devidamente fundamentadas. É importante ressaltar, nesse âmbito, o procedimento previsto de cadeia de custódia que passou a ser previsto no Código de Processo Penal.

As disposições relacionadas à cadeia de custódia, previstas no art. 158-A a art. 158-F do Código de Processo Penal, tem como característica marcante o profundo detalhamento. Exemplificativamente, pode-se citar o art. 158-B, que prevê dez fases diferentes para o procedimento de cadeia de custódia e determina no que consiste cada um, bem como os arts. 158-C e 158-D, que trazem regras sobre a coleta e o manuseio dos materiais. Em razão desse detalhamento, não se pode descartar a hipótese fática de violação do procedimento sem a existência de manipulação da prova.

³⁹É evidente a diferença, em termos do conteúdo fático-probatório encontrado no processo, de uma absolvição em razão da prova de inexistência do fato – prevista no art. 386, I do CPP – e da ausência de prova de existência do fato – conforme o art. 386, II do CPP. O mesmo ocorre com relação à diferença entre a presença de prova de que o réu não concorreu para a infração penal – art. 386, IV do CPP – e a ausência de prova de que o réu concorreu para a infração penal – art. 386, V do CPP. BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁴⁰BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 2 set. 2021.



Além disso, entende-se que a exclusão imediata da prova coletada, ao invés de favorecer uma fundamentação intimamente relacionada ao caso concreto, reduzirá o escopo argumentativo da decisão. Isso porque, ao invés de ser realizada uma análise cuidadosa das circunstâncias do caso concreto, a informação será apenas excluída. Deve-se ressaltar que é nesse sentido o entendimento aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça com relação à quebra da cadeia de custódia de fatos ocorridos antes da entrada em vigor do Pacote Anticrime⁴¹.

Ademais, o entendimento que prevalecia no Superior Tribunal de Justiça anteriormente à promulgação do Pacote Anticrime é o de que a interferência no trâmite da prova em razão da quebra da cadeia de custódia acarreta a possibilidade – e não a obrigatoriedade – de sua imprestabilidade. Por isso, meras conjecturas com relação à adulteração da prova não são consideradas suficientes para a decretação de sua nulidade, de forma que a defesa deve demonstrar indícios concretos de que realmente houve modificação⁴².

Como o Pacote Anticrime entrou em vigor em 24 de janeiro de 2020⁴³, ainda não há jurisprudência expressiva nos Tribunais Superiores sobre a inovação legislativa. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou expressamente no sentido de que o regramento inserido pelo Pacote Anticrime pode ser imediatamente aplicado a investigações preliminares iniciadas após a sua entrada em vigor, por se tratar de norma processual.

Apesar de a jurisprudência reconhecer que há diferenças entre os períodos anterior e posterior à entrada em vigor do Pacote Anticrime, não é possível afirmar categoricamente que a inovação legislativa trará uma modificação significativa na forma de decidir. Isso porque os fundamentos da posição do Superior Tribunal de Justiça continuam firmes, em especial, a necessidade de aplicar o art. 563 do Código de Processo Penal para determinar que somente com a demonstração da possibilidade de adulteração do elemento probatório haverá prejuízo e, conseqüentemente, a necessidade de exclusão da prova. Além disso, é importante ressaltar que

⁴¹Não é possível, segundo a Corte, usar o devido processo legal isoladamente, ou seja, sem nenhum critério de avaliação; porque isso transformaria o princípio em mero artifício de defesa e não em possibilidade de aplicação da justiça no caso concreto. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 141981*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22CADEIA+DE+CUSTODIA%22&b=ACOR&p=false&l=10&i=10&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 31 ago. 2021.

⁴²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC n° 615321*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22CADEIA+DE+CUSTODIA%22&b=ACOR&p=false&l=10&i=14&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 31 ago. 2021.

⁴³Segundo o art. 20 da Lei n° 13.964/2019, o Pacote Anticrime possui uma *vacatio legis* de 30 dias a partir da publicação da lei, ocorrida em 24 de dezembro de 2019. BRASIL. *Lei n° 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.



esses fundamentos possuem o potencial de desenvolver decisões devidamente fundamentadas no arsenal fático-probatório, o que é de elevada importância para o direito penal.

CONCLUSÃO

Na presente pesquisa, foi possível, inicialmente, compreender os fundamentos das principais correntes doutrinárias relacionadas com as consequências jurídico-processuais da violação da cadeia de custódia. A partir dos argumentos estudados, pôde-se entender que tanto o entendimento favorável à inadmissibilidade da prova quanto a posição que preconiza a admissibilidade da prova com valoração diferenciada estão conectadas com a preocupação referente à preservação da autenticidade da prova, visto que ela deve reproduzir corretamente os fatos históricos investigados.

Nesse sentido, cada um dos entendimentos analisados coloca uma importância diferente na preservação da cadeia de custódia para a proteção da fiabilidade da prova obtida. Para tentar dirimir essa controvérsia por meio da determinação de qual grau de importância deve ser dado à cadeia de custódia para o atingimento do fim ao qual ela se propõe – ou seja, a eficácia do instituto –, utilizou-se o referencial teórico da Epistemologia Jurídica.

Com a adoção do mencionado referencial teórico, destacou-se o argumento que aponta a exclusão de provas com base em regras jurídicas como uma forma de garantir que o material probatório que realmente influencia a decisão final do magistrado seja de maior qualidade. Entretanto, observou-se que essa posição não é unânime no âmbito da Epistemologia Jurídica. Além disso, foi demonstrado que esse argumento possui uma fundamentação que depende da realidade prática para a sua comprovação.

Como visto, a aplicação de uma regra excludente é embasada na sua capacidade de aumentar o número de decisões boas e diminuir o número de decisões ruins. Isso significa que a qualidade de uma regra dessa natureza não é medida pela obtenção de resultados positivos em todos os casos nos quais ela é aplicada. O que caracteriza uma regra de exclusão é o fato de sua aplicação, apesar de poder ser negativa em alguns casos isolados, é positiva na maioria das situações concretas. Por isso, a constatação de que uma regra excludente possui ou não esse atributo depende de uma análise prática.

Demonstrou-se que, no caso da cadeia de custódia, fazer essa análise é um desafio, pois ainda não há um arcabouço prático significativo sobre o instituto. Entretanto, partindo-se do pressuposto de que uma boa decisão é uma decisão que possui uma fundamentação



adequada, foi possível concluir que é mais aconselhável não excluir a prova com base apenas na violação da documentação da cadeia de custódia.

Dessa forma, o referencial teórico usado na presente pesquisa não foi considerado suficiente para a defesa da exclusão da prova, visto que a eficácia de uma regra excludente depende de aspectos que não podem ser demonstrados sob uma ótica meramente teórica. Por isso, adotou-se, no presente estudo, o entendimento de que a violação da cadeia de custódia é uma questão de valoração da prova.

Não é possível afirmar, porém, que essa posição possui caráter definitivo. A eventual análise futura de aspectos empíricos sobre a qualidade das sentenças judiciais e sua relação com a violação da cadeia de custódia ou de sua documentação pode fornecer os aspectos da realidade fática que demonstrem a eficácia da regra excludente. Nesse contexto, poderá ser considerada possível a modificação do entendimento aqui adotado.

No entanto, tendo em vista que tais aspectos empíricos não fazem parte do presente estudo, mostra-se mais aconselhável, conforme já mencionado, adotar o entendimento segundo o qual a violação da documentação da cadeia de custódia possui consequências jurídico-processuais no momento da valoração da prova e não de sua admissibilidade.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para o processo penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. *Temas atuais da investigação preliminar no processo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 517-538.

BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade: teoria do conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1985.

BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. Da Ilicitude da Prova em Razão da Quebra da Cadeia de Custódia. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, Porto Alegre, v. 15, nº 1, p. 73-82, set. 2020.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 2 set. 2021.

_____. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.



_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 141981*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22CADEIA+DE+CUSTODIA%22&b=ACOR&p=false&l=10&i=10&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 462087*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22CADEIA+DE+CUSTODIA%22&b=ACOR&p=false&l=10&i=22&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 31 ago. 2021.

HERDY, Raquel; MATIDA, Janaina. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: CUNHA, José Eduardo. *Epistemologias críticas do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 209-239.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____; ROSA, Alexandre Morais da. *A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>>. Acesso em: 5 abr. 2021.

MATIDA, Janaina. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de inocentes. *Boletim IBCCRIM*, ano 28, nº 331, p. 7-8, jun. 2020. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/441>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

MENEZES, Isabela Aparecida de; BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, nº 1, p. 277-300, jan./abr. 2018.

SCHAUER, Frederick. Em defesa do direito probatório fundado em regras – e da epistemologia também. Tradução Lucas Miotto. *Teoria jurídica contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 1, nº 2, p. 319-335, jul./dez. 2016.

SERRANO, Pablo Jiménez. *Epistemologia do Direito: para uma melhor compreensão da ciência do direito*. Campinas: Alínea, 2007.

VIEIRA, Antonio. A cadeia de custódia da prova no processo penal: algumas notas sobre as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). *Boletim bimestral Trincheira Democrática do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, Salvador, ano 3, nº 7, fev. 2020.