

Nome: CRISTINA EMY YOKAICHIYA E MARIANA BORGHHERESI DUARTE

Área de Atividade: CRIMINAL

SÚMULA

No delito de tráfico de drogas, a falta do número do lacre do material supostamente apreendido resulta na quebra da cadeia de custódia, levando à ausência da prova da materialidade.

ASSUNTO: TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE NUMERAÇÃO DO LACRE DO MATERIAL APREENDIDO. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. INADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS E DELAS DERIVADAS. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DELITIVA. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Constitui atribuição institucional da Defensoria Pública zelar pela plenitude de defesa e assegurar que o acusado desfrute dos direitos fundamentais processuais à ampla defesa e ao contraditório.

Art. 5º, III e IX, da Lei Complementar 988/06 e art. 4º, I e V da Lei Complementar 80/94,

Art. 5º São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

IX - assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I - prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus;

V - exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses;

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

"Creio que um processo penal regido pela presunção de inocência deve tutelar com muito cuidado a atividade probatória, por meio da adoção de um rigoroso sistema de controles epistêmicos que seja capaz de dominar o decisionismo, que é identificado no texto como a possibilidade de decisão arbitrária, dependendo unicamente da possibilidade de decidir" (Geraldo Prado, Prova Penal e Sistema de Controles

Epistêmicos – A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos, ed. Marcial Pons, São Paulo, 2014)

Nos crimes de tráfico de drogas, não são raros os relatos de que a droga não pertence ao acusado. Para se assegurar a materialidade delitiva e tentar minimizar as incertezas a respeito da existência e quantidade de entorpecentes, faz-se necessário registrar, de forma técnica, o material supostamente encontrado.

Já no local dos fatos, há de se registrar fotograficamente onde e como a droga foi localizada e, imediatamente, efetuar o armazenamento das substâncias com lacres, sem mesclar substâncias de tipos diferentes e de acusados diversos.

Todo o procedimento em relação à apreensão de drogas no Estado de São Paulo está descrito na Resolução SSP-336, de 11-12-2008, que “dispõe sobre os procedimentos referentes à formalização da apreensão, acondicionamento, guarda e incineração de drogas no Estado de São Paulo”.

Art. 1º Nas ocorrências policiais em que houver apreensão de drogas, deverá o produto ser acondicionado em embalagens apropriadas transparentes, as quais serão devidamente lacradas, na presença da Autoridade Policial, do escrivão e dos policiais que efetuaram a apreensão e imediatamente encaminhadas à competente unidade da Superintendência da Polícia Técnico-Científica (SPTC), mediante o preenchimento da requisição de exame constando o número de lacre daquele lote, além dos dados de praxe da requisição.

Art. 2º Antes do encaminhamento, a Autoridade Policial deverá determinar que o material apreendido, já acondicionado, seja lacrado, fotografado e pesado na forma bruta.

Parágrafo único. A fotografia deverá instruir o respectivo procedimento de polícia judiciária.

Art. 3º Recebido o material, o responsável pela perícia o fotografará novamente e providenciará, após conferência do número do lacre, a retirada deste e de quantidade necessária para a realização das perícias, tanto de constatação, quanto da definitiva.

Parágrafo único. Após o exame, a droga deverá ser novamente acondicionada em embalagem própria da SPTC e receber novo lacre numerado.

Art. 4º Do laudo de constatação provisório deverão constar o peso líquido, identificação da substância, os números dos lacres recebidos da Autoridade Policial e os colocados na sede da unidade da SPTC.

As normas estabelecidas na referida resolução devem ser integralmente respeitadas. A ausência de referência ao lacre das substâncias apreendidas vicia toda a prova do processo. O completo desrespeito à Cadeia de Custódia compromete toda a prova dos autos.

No auto de prisão em flagrante referente ao delito de tráfico de drogas, é lavrado o “auto de exibição e apreensão”, em que se apresentam as drogas supostamente encontradas na posse do indiciado. A existência de um documento formalmente denominado “auto de exibição e apreensão” não é, porém, suficiente para que seja considerada suprida a formalidade essencial: requisitos mínimos precisam ser atendidos para que o referido laudo possa justificar a prisão em flagrante e, eventualmente, a instauração de um processo criminal.

Se o documento não indica quem apreendeu a substância, não descreve detalhadamente o material, não contém uma fotografia da substância, não hospeda informação sobre quem a manuseou nem quando o fez, não descreve a forma de seu acondicionamento, não informa se foi lacrada e muito menos a quantidade exata que foi apreendida, é certo que a presença de um mero documento com o nomen juris "auto de exibição e apreensão" não é suficiente para os fins da persecução penal.

Ao apreender substância supostamente ilícita, deve a autoridade proceder à lavratura do auto de apreensão de modo a permitir a identificação e a classificação da substância encontrada como entorpecente. Nesse auto devem ser descritos todos os elementos que permitam a individualização da substância e a forma de sua apreensão, impedindo que seja alterada ou confundida com outra. Sem tal procedimento restará descaracterizada a comprovação da materialidade delitiva, pois não se poderá aferir, de modo cabal e livre de dúvidas, a natureza e a quantidade essenciais para caracterizar a conduta delitiva.

Para que exista segurança na perícia, é necessário que os procedimentos padrões sejam seguidos, a fim de se evitar que a evidência, objeto de análise, possa se prestar a exames com resultados eventualmente corrompidos ou mutáveis ao longo do processo. Exige-se, em outros termos, segurança de que as substâncias enviadas para perícia correspondem às apreendidas no suposto flagrante delitivo.

Conforme conceituação elaborada pelo Ministério da Justiça, através do Grupo de Trabalho Cadeia de Custódia de Vestígio (GTCC – 2008), temos que a Cadeia de Custódia constitui um conjunto de fatos ou fenômenos que ocorrem sucessivamente, ou de modo que cada um cause ou possibilite o seguinte. Na Perícia Criminal Oficial, a Cadeia de Custódia visa a garantir a idoneidade e a integridade, no âmbito legal ou regulatório, do corpo de delito. Este processo fornece segurança suficiente, legal e técnica, de que os resultados obtidos de uma determinada evidência correspondam àquele vestígio e apresentem níveis de excelência e confiança.

Não basta que o laudo pericial dos autos indique que os materiais foram recebidos com lacre, se não for possível assegurar que o lacre mencionado corresponde às substâncias apreendidas no caso – o que ocorre diante da ausência de registro de lacre no local dos fatos; de visualização nítida do lacre na fotografia das substâncias apreendidas; de identificação inequívoca do lacre no auto de apreensão; e de indicação precisa do lacre na requisição de perícia encaminhada ao Instituto de Criminalística. Todas as vezes em que as substâncias forem manipuladas, elas precisam de novo lacre, e o histórico de lacres deve ser registrado no processo.

É dizer, **para que se tenha segurança e certeza acerca da materialidade de um delito, é indispensável que a Cadeia de Custódia da evidência seja rigorosamente observada.** Caso contrário, ainda que exista confissão do acusado, não haverá materialidade suficiente para uma condenação.

Assim, a Cadeia de Custódia acompanha cada estágio do ciclo de vida do vestígio: registro, posse, coleta, acondicionamento, transporte, processos de análises, guarda, descarte, devolução do material probatório, emissão do laudo (Carta de Brasília - GTCC. Brasília, 2008).

A Cadeia de Custódia é usada para documentar e manter a história da evidência, cronologicamente. Todas as amostras recebidas na área de Química Forense são evidências e estão relacionadas com a necessidade de posteriores exames laboratoriais, para determinação/quantificação de drogas. Tais amostras só poderão ser aceitas como meios de prova se sua coleta, manuseio e análise observarem **condições mínimas de segurança**, de modo a garantir a integridade

do material examinado e a idoneidade dos meios empregados para tanto. Todos os procedimentos realizados entre a comunicação do fato para a autoridade competente e a requisição do exame devem obedecer a um rigoroso sistema de Cadeia de Custódia (LOPES et al., 2006; DEL-CAMPO, 2008).

O percurso da coleta da evidência até sua análise pelo perito oficial (ou seja, a Cadeia de Custódia) não pode ser influenciado por terceiros. Por isso há necessidade de lacres e de identificação dos objetos e substâncias. Somente as perícias realizadas com registro, rastreabilidade e integridade da prova podem ser consideradas provas lícitas.

A Cadeia de Custódia é conceituada pelo perito criminal Alberi Espíndula como a:

"(...) seqüência 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. Portanto, a cadeia de custódia é a garantia de total proteção aos elementos encontrados e que terão um caminho a percorrer, passando por manuseio de pessoas, análises, estudos, experimentações e demonstração-apresentação até o ato final do processo criminal" (ESPÍNDULA, Alberi. Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia. 3ª ed. Campinas, São Paulo: Millennium Editora, 2009, p. 163).

A importância da Cadeia de Custódia é bem evidenciada por Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa (<https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>):

"A discussão acerca da quebra da cadeia de custódia adquire especial relevância nas provas que tem pretensão de 'evidência', verdadeiros atalhos para obtenção da tão almejada (e ilusória) 'verdade', que sedam os sentidos e tem a pretensão de bastar-se por si só, de serem autorreferenciadas, tais como as interceptações telefônicas ou o DNA. São provas que acabam por sedar os sentidos e anular o contraditório. Nestas situações, por serem obtidas 'fora do processo', é crucial que se demonstre de forma documentada a cadeia de custódia e toda a trajetória feita, da coleta até a inserção no processo e valoração judicial."

Note-se, nos crimes de drogas, a importância e o peso que a prova pericial possui. Nesse sentido, todo zelo, direcionado a resguardar a qualidade do trabalho desenvolvido pelos peritos, mostra-se de extrema relevância, principalmente considerando a necessidade de análise científica a fim de verificar se a substância apreendida é droga ou não.

Sem o bom trabalho da perícia, ou o trabalho desenvolvido de forma irregular, pode haver nulidade em relação à prova produzida, nos termos do art. 564, III, b, do Código de Processo Penal, perdendo-se toda a credibilidade e a fé-pública em relação ao parecer técnico.

Sobre a Cadeia de Custódia, na obra mencionada na epígrafe desta tese institucional, Geraldo Prado pontifica:

"A cadeia de custódia da prova nada mais é do que um dispositivo dirigido a assegurar a fiabilidade do elemento probatório, ao coloca-lo sob proteção de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória."

A constatação da quebra da cadeia de custódia das provas impõe a exclusão destas evidências dos procedimentos penais.” (ob. cit. p. 86).

Já na última página da mencionada obra (p. 92), Geraldo Prado conclui:

“A contaminação gerada pela quebra da cadeia de custódia das provas tem tratamento no art. 157 do CPP, que estabelece a inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, salvo quando houver rompimento do nexo de causalidade entre umas e outras.

Vale sublinhar que a tradição de controle da ilicitude probatória tem o mérito de incorporar um ‘efeito dissuasório’ - deterrent effect – que serve de desestímulo às agências repressivas quanto à tentação de recorrerem a práticas ilegais para obter a punição.

Esta posição de rigor contra as ilicitudes probatórias tem pautado a atuação dos nossos tribunais superiores.

No julgamento do HC 160.662-RJ a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade acolheu a tese da cadeia de custódia e declarou a ilicitude da prova.

Os contundentes e bem fundamentados votos da Ministra Assusete Magalhães, relatora do habeas corpus, e do Ministro Rogério Schietti, denotam a tendência do direito brasileiro de conferir concretude às garantias constitucionais em áreas sensíveis até bem pouco tempo intocadas por doutrina e jurisprudência.

Para empregar palavras de Pierre Bordieu, isso não seria possível sem a lucidez epistemológica e a vigilância ética dos advogados que tem levado a tese ao tribunal, algo indispensável ao questionamento de uma ‘libido sciendi tão evidentemente fora do lugar’.

A Justiça frequentemente começa com os advogados.”

O acórdão mencionado por Geraldo Prado, embora diga respeito à interceptação telefônica, tem como ponto central de discussão a Cadeia de Custódia da prova. Lê-se do voto do Ministro Rogério Schietti Cruz:

“O problema aqui consiste na conservação da prova. E um dos pareceres que instruem a impetração, da lavra do ilustre Prof. Juarez Tavares, fez remissão a um julgado desta Corte, da relatoria do Ministro Ari Pargendler, na Ação Penal n. 684/DF, publicado em 9 de abril de 2013, em que se teve a oportunidade de anular uma prova pericial exatamente por violação ao dever básico de qualquer perícia criminal, qual seja, o de conservar o objeto da prova...

(...)

O fato aqui, Sr. Presidente e demais Colegas, é que houve, na expressão cunhada pelo Prof. Geraldo Prado, uma quebra na cadeia de guarda dessa prova. O Estado tinha o dever de conservar à inteireza a prova essencial, pelo que parece, para a descoberta dos fatos. Não estou dizendo que a prova foi a única produzida, mas foi uma prova importante. Quem vai dizer, quanto à sua extensão ou importância, é o próprio juízo de origem. Mas o fato é que, neste caso, a polícia se houve, no mínimo, com imprudência ou com indesculpável amadorismo, pondo a perder, talvez, o resultado de uma investigação longa, do Ministério Público e da própria Polícia, de que resultou a instauração de um processo, inicialmente, por três modalidades

delitivas e que atualmente concentra-se apenas no crime de quadrilha ou bando. E tal fato, creio, mereceria uma correspondente apuração.

(...)

Assim, houve violação a uma regra de natureza procedimental e, portanto, entendo que tal prova, quanto a esse aspecto, é ilegítima, porque afronta norma de direito processual e procedimental.

Com essas considerações, Sr. Presidente, também concedo a ordem de ofício para considerar nula a prova decorrente da interceptação telefônica referida nos autos...”

Por esse motivo, segundo entendimento do art. 157 do Código de Processo Penal e art. 5º, LVI da Constituição Federal, são inadmissíveis as provas ilícitas, devendo ser desentranhadas do processo, para que não possam influenciar negativamente o julgamento do caso.

Como as substâncias entorpecentes são elementares ao tipo penal em debate, nesses casos a quebra da Cadeia de Custódia impõe a absolvição, visto que a materialidade delitiva encontra-se prejudicada.

Assim sendo, só o fato de não ter sido devidamente elaborado o auto de apreensão já demonstra que não foi observada a correta Cadeia de Custódia – o que se agrava quando a substância não é descrita de modo pormenorizado e detalhado, quando não há informação segura sobre se foi devidamente acondicionada e lacrada e quando não há uma foto sequer do material apreendido para ser confrontado com o material periciado.

Recente notícia de 2018, baseada na lei de acesso à informação, indica que as delegacias de São Paulo acondicionam grandes quantidades de drogas, em local inapropriado, aguardando a autorização de incineração (<https://noticias.r7.com/sao-paulo/sp-delegacias-guardam-49-toneladas-de-drogas-para-serem-queimadas-12012018>). Sem o devido lacre, não há como ter certeza que as substâncias periciadas foram as supostamente encontradas com o indiciado/réu ou alguma outra existente na delegacia de polícia.

Na prática, há inadmissível supervalorização da suposta “fé pública” em detrimento do princípio constitucional da presunção de inocência. Nos termos de notícia publicada em abril de 2019: (https://brasil.elpais.com/brasil/2019/04/13/politica/1555157662_078328.html):

“Ao aceitarem o depoimento de PMs, os julgamentos transformam a versão policial, com sua suposta “fé pública”, em algo mais confiável do que a fala dos suspeitos, que deveria, pela Constituição, ser garantida pela presunção de inocência: a ideia de que todos são inocentes até prova em contrário (que não poderia ser apenas a palavra de outra pessoa, mesmo um policial).

Na ausência de testemunhas, e contando com juízes que aceitam como verdade tudo o que dizem, os policiais se veem livres para forjar provas, simplesmente colocando drogas ou outros objetos junto às pessoas que querem prender. Em abril de 2018, por exemplo, a Corregedoria da Polícia Militar de São Paulo descobriu kits flagrantes nos armários de policiais militares da 3ª e 4ª Companhia do 16º BPM/M (Batalhão de Polícia Militar Metropolitano). Os PMs guardavam itens como armas de brinquedo (também chamado de simulacro), celulares e porções de drogas, usados como prova incriminatória em possíveis flagrantes. Essa ilegalidade é recorrente na corporação,

conforme prova expulsão de outros quatro PMs em abril do mesmo ano por também andarem com kits flagrantes e realizarem falsos flagrantes.”

Nessas circunstâncias, ante a ausência do devido auto de apreensão, e em razão da ruptura da Cadeia de Custódia, especialmente diante da ausência de numeração do lacre do material apreendido, resta comprometida a materialidade da suposta conduta delitiva, impondo-se a absolvição.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Recente notícia de 2018, baseada na lei de acesso à informação, indica que as delegacias de São Paulo acondicionam grandes quantidades de drogas, em local inapropriado, aguardando a autorização de incineração (<https://noticias.r7.com/sao-paulo/sp-delegacias-guardam-49-toneladas-de-drogas-para-serem-queimadas-12012018>). Sem o devido lacre, não há como ter certeza que as substâncias periciadas foram as supostamente encontradas com o indiciado/réu ou alguma outra existente na delegacia de polícia.

Verifica-se na prática inadmissível supervalorização da suposta “fé pública” em detrimento do princípio constitucional da presunção de inocência. Como exposto em notícia publicada em abril de 2019: “Na ausência de testemunhas, e contando com juízes que aceitam como verdade tudo o que dizem, os policiais se veem livres para forjar provas, simplesmente colocando drogas ou outros objetos junto às pessoas que querem prender”.

(https://brasil.elpais.com/brasil/2019/04/13/politica/1555157662_078328.html).

Nesse cenário, a ausência nos autos do devido auto de apreensão, em razão da ruptura da cadeia de custódia, especialmente diante da ausência de numeração do lacre do material apreendido, compromete a materialidade da suposta conduta delitiva, impondo-se a absolvição.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

A princípio, o ideal seria tratar dessa matéria no inquérito policial, requerendo-se o relaxamento da prisão em flagrante pela ausência de materialidade delitiva, bem como o trancamento do inquérito policial e da futura ação penal.

A matéria também pode ser abordada na resposta à acusação, requerendo-se o trancamento da ação penal.

Quando a matéria for tratada em alegações finais ou em razões de apelação, deve-se argumentar a questão no mérito, requerendo-se a absolvição pela falta de materialidade delitiva.

Cabível, ainda, tratar da matéria em recurso especial, diante da violação ao art. 157 e ao art. 564, III, b, ambos do Código de Processo Penal, bem como em recurso extraordinário, em razão da afronta ao art. 5º, incisos LVI e LVII, da Constituição Federal.