CADEIA DE CUSTÓDIA NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Ana Luiza Setti Pavan[1]
Alejandro Cesar Rayo Werlang[2]

CONSIDERACOES INICIAIS

Frente a inconsistência probatória brasileira, surge a cadeia de custódia como garantia para reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte da prova coletada, possibilitando a criação de indícios fortificados e fundamentados. Destarte, o instituto mostra-se de suma importância para decisões em processos de crimes contra a liberdade sexual, uma vez que as provas são frágeis, inconsistentes e excepcionais em processos do gênero.

Dessa forma, pode-se afirmar que a cadeia de custódia possui uma importância significativa para a legislação brasileira, por trazer elementos antes não previstos, a fim de garantir a rastreabilidade de um vestígio. Esse protagonismo do judiciário, proporciona não apenas a segurança da prova coletada, mas sim, a confirmação da autoria e materialidade do fato, possibilitando embasamentos e decisões mais seguras e justas.

No entanto, os crimes contra a liberdade sexual possuem cadernos investigatórios e instrução processual restrita, pois costumeiramente surgem sem evidências nos processos brasileiros, necessitando de medidas excepcionais para busca dos fatos, sendo que, por muitas vezes, a realidade brasileira dificulta o procedimento da cadeia de custódia. A autenticidade de determinados elementos probatórios nos crimes contra a liberdade sexual, necessitarão dos procedimentos previstos no instituto da cadeia de custódia, sendo que as consequências da quebra da cadeia, poderão causar além da injustiça, a instabilidade das decisões.

Ante o exposto, tem-se a cadeia de custódia como procedimento essencial ao direito brasileiro, além de revolucionar o sistema probatório nos crimes contra a liberdade sexual. De forma que as consequências diretas dessa violação é a não garantia da autenticidade e genuinidade da prova, bem como, as consequências extraprocessuais infiltradas na sociedade e partes do processo.

[1] Estudante do curso de Direito da URI, Campus de Frederico Westphalen, RS. Formanda.
[2] Professor do curso de direito da URI – Campus de Frederico Westphalen, RS. Mestre em direito.

Diante desse cenário, denota-se a necessidade da disseminação do conteúdo, como forma de trazer o conhecimento acerca do tema e da necessidade da garantia da cadeia de custódia nos crimes contra a liberdade sexual, haja vista tratar-se de uma matéria incluída recentemente no direito penal brasileiro e pela grande repercussão e dúvidas acerca da matéria. É necessário a sua compreensão e importância da prova fundamentada quando houver violação sexual, de forma a dar segurança para os demais atos processuais.

1 INADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO BRASILEIRO

No direito brasileiro, vigora a proibição de provas ilícitas. A definição se dá constitucionalmente através do artigo 5º, LVI que declara que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos", e a partir da previsão, deve-se observar a legalidade da prova para sua utilização no processo penal.

As provas ilícitas decorrem da violação de uma norma, seja constitucional, infraconstitucional, de direito material ou de direito processual. A inadmissibilidade de provas ilícitas no direito brasileiro, é norteada não só constitucionalmente, como também pelo Código de Processo Penal, em vários de seus dispositivos, devida tamanha necessidade de observância ao princípio.

Portanto, o processo penal deve ser estruturado em torno de provas legítimas e legais, sendo que a obtenção de prova por meio ilícito gerará, ou deveria gerar, sua inadmissibilidade.

1.1 Princípio da proibição de provas ilícitas no direito brasileiro

O direito a produção da prova, decorre da previsão constitucional do direito ao contraditório e ampla defesa, sendo que no Brasil, é adotada a liberdade de provas e conforme artigo 155 do CPP, qualquer instrumento de prova pode ser utilizado no processo penal. Entretanto, o direito a produção da prova não é absoluto, sendo limitado pelo princípio da proibição de provas ilícitas no direito brasileiro.

Como abordado anteriormente, a própria Constituição Federal proíbe a utilização de provas ilícitas no processo penal, conforme artigo 5º, LVI da Carta Magna, mas também a legislação infraconstitucional garante a legalidade da prova. O artigo 157 do Código de Processo Penal, dispõe que as provas que violarem normas constitucionais ou legais, são inadmissíveis e devem ser desentranhadas do processo. São consideradas inadmissíveis, as

provas que derivarem das ilícitas, salvo quando não evidenciarem o nexo de causalidade entre si ou se puderem ser obtidas por uma fonte independente, qual seja aquela que por si só seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. Ainda, o §3º do referido artigo prevê que precluso o desentranhamento da prova inadmissível, esta não poderá ser utilizada por decisão judicial, garantindo a inutilização da prova para convencimento do juiz.

A consequência prática a partir do reconhecimento da ilegalidade da prova segundo o artigo 157, caput, e § 3º do Código de Processo Penal, qualquer que seja a sua natureza, será seu desentranhamento e inutilização da prova. (CARVALHO, 2014, p. 74). Ainda, de acordo com Guilherme de Souza Nucci:

> Naturalmente, constituem provas ilegais as que afrontam qualquer norma da legislação ordinária, por isso, envolvem tanto as penais quanto as processuais penais. Uma prova conseguida por infração à norma penal (ex.: confissão obtida por tortura) ou alcançada violando-se norma processual penal (ex.: laudo produzido por um só perito não oficial) constitui prova ilícita e deve ser desentranhada dos autos. (NUCCI, 2022, p. 236)

A partir deste conhecimento, surge a necessidade de especificar o que de fato é a prova ilícita. O ilícito relaciona-se com o que é colhido e produzido em violação a normas constitucionais, legais ou direitos e garantias, sejam eles tutelados por uma lei processual, uma norma material ou por algum princípio. Conforme Norberto Avena:

> Considerando que, sempre se conceituou como ilegítimas as provas angariadas mediante a violação de normas legais, reservando-se o adjetivo ilícitas àquelas realizadas com afrontamento ao texto constitucional, deve-se reputar que o art. 157, ao referir-se à "violação a normas constitucionais", incide em relação às provas alcançadas com ofensa direta ao texto da Carta Republicana. (AVENA, 2022, p. 18)

Não há um rol de provas consideradas ilícitas, entretanto, elas serão identificadas quando houver confronto entre a defesa social e os direitos humanos e fundamentais, de forma que as provas que forem produzidas em afronta e as que a dela resultarem, serão consideradas ilegais. (CAGLIARI, 2001, p. 15)

Justifica-se a proteção do princípio, pela tutela dos direitos dos indivíduos, das garantias fundamentais a eles inerentes, independentemente do processo. A proibição garante a inviolabilidade da intimidade, da correspondência postal, comunicação, domicílio, imagem, honra e a vida privada, devendo em caso de conflito, ocorrer uma ponderação com os demais princípios, em virtude de possuir alto grau de abstração.

1.2 As provas no processo penal e sua utilização nos crimes contra a liberdade sexual

A partir do conhecimento da utilização de somente provas lícitas no processo penal brasileiro, torna-se importante enfrentar a questão das provas do processo penal que são efetivamente utilizadas para comprovação dos fatos nos crimes contra a liberdade sexual.

Inicialmente, é importante afirmar que no processo penal são admitidos todos os meios de prova que possam ser utilizados para alcançar a verdade do processo, entretanto, dificilmente apenas um meio de prova comprovará a verdade dos fatos.

Guilherme de Souza Nucci, elenca quatro fatos que independem de prova, os notórios, fatos que contém uma presunção legal absoluta, impossíveis e os irrelevantes e impertinentes:

> Os fatos notórios são os nacionalmente conhecidos [...] Dentre os notórios, situam-se, ainda, os evidentes – extraídos das diversas ciências (ex.: lei da gravidade) – e os intuitivos – decorrentes da experiência e da lógica (ex.: o fogo queima). Os fatos que contêm presunção legal absoluta são os que não comportam prova em sentido contrário (ex.: o menor de 18 anos é penalmente inimputável). Os fatos impossíveis são aqueles que causam aversão ao espírito de uma pessoa informada (ex.: dizer o réu que estava na Lua no momento do crime). Por derradeiro, os fatos irrelevantes ou impertinentes são os que não dizem respeito à solução da causa (ex.: verificação do passatempo preferido da vítima, se não guarda correspondência com o fato imputado ao réu). (NUCCI, **2022, p. 237)**

Partindo da premissa de que a busca pela verdade real no processo penal é complexa, o que estiver além dos fatos notórios, que contêm uma presunção legal absoluta, fatos impossíveis e os irrelevantes e impertinentes, deverá passar por uma série de elementos probatórios, que confrontem entre si, para que se possa chegar a finalidade da prova, qual seja, convencer o juiz a respeito da verdade de um fato criminoso. Portanto, a produção da prova se destina ao magistrado, uma vez que tem por finalidade possibilitar o julgamento da ação penal. (AVENA, 2022, p. 432)

Dessa forma, o processo penal além de possibilitar a utilização de diversos tipos de prova, também utilizará sistemas de avaliação da prova colhida, que será regido pela liberdade de apreciação da prova pelo juiz. (NUCCI, 2022, p. 240)

Os artigos 402, 411 §3º, e 534 do Código de Processo Penal, estabelecem e reforçam que o momento cabível para a produção de provas será durante a instrução do processo penal. Ainda, existe a possibilidade da produção antecipada de provas, introduzida pela Lei 11.690/2008, sendo que originalmente é um sistema do processo civil, mas que considerando a necessidade e proporcionalidade da medida, no caso das provas urgentes e de alta

relevância ao desenrolar do processo, pode ser determinada pelo juiz antes mesmo do início da ação penal, a fim de que nenhuma prova seja prejudicada. (MELO, 2021, p. 27)

Dentre os inúmeros meios de prova, pode-se citar como as mais utilizadas nos processos penais cotidianos a prova pericial, corpo de delito, interrogatório, confissão, prova testemunhal, prova documental e fotográfica, reconhecimento de pessoas e coisas, acareação e até mesmo a inspeção judicial do processo civil (artigo 481 do CPC) pode ser utilizada, recepcionada por analogia no âmbito do processo penal.

Tratando-se de um processo que envolva crime contra a liberdade sexual, o cenário muda por completo. As provas que o processo penal possibilita a um processo de crime contra a liberdade sexual são as mesmas de um processo penal comum, entretanto, na prática, as provas demonstram-se frágeis, de forma que por vezes é necessário substituir provas consideráveis indispensáveis para o resultado do processo, pela sua inconsistência ou até mesmo inexistência.

O legislador demonstra-se se preocupar com a fragilidade da prova e a instabilidade das decisões dos Tribunais referentes aos processos que envolvam algum crime contra a liberdade sexual e cria a cadeia de custódia, que tem por finalidade fornecer segurança técnica e legal as provas do processo penal.

2 CADEIA DE CUSTÓDIA

Para que o processo tenha um resultado confiável, é necessário a análise das provas produzidas e que estas sejam realizadas por profissionais habilitados e capacitados para tanto, que sejam seguidos uma sequência de procedimentos que resguardem e documentem os vestígios coletados. Dessa forma, surge a cadeia de custódia no processo penal, através da Lei 13.964/2019, incorporada no Código de Processo Penal pelos artigos 158-A a 158-F.

A cadeia de custódia é trazida e identificada no próprio código como:

> 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. (Brasil, 2019).

A cadeia de custódia inicia na preservação do local do crime, desde o reconhecimento até o descarte do vestígio coletado, ou seja, a produção da prova deverá ser envolvida completamente pela cadeia de custódia. A cadeia de custódia trata-se portanto, de

uma sequência de procedimentos de documentação, rastreio e manuseio, desde a fonte da prova, até seu descarte. (AVENA, 2022, p. 506).

Importante definir os três elementos embasadores do instituto, quais sejam, integridade, rastreabilidade e registro documental, devendo estes estarem presentes em todas as etapas do procedimento da cadeia de custódia, sob pena de ensejar em sua quebra. A alteração das fontes contamina a prova, o que tornaria a prova ilícita e portanto, inutilizável pelo princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. (NETO, 2018, p. 11)

A cadeia de custódia surge a fim de não somente evitar a nulidade ou inutilização da prova, mas também para que a prova seja elemento basilar para a resolução do processo e para que este seja livre de falhas. O procedimento deste instituto, carece de cuidados de todas as pessoas que estiverem envolvidas na prova em questão, não se limitando apenas aos peritos, mas sim todos os integrantes da delegacia de polícia, do ministério público e do judiciário e dos demais manipuladores da prova. Destaca-se que não se fala apenas de objetos, mas como anteriormente retratado, a cadeia de custódia tem por finalidade preservar a prova, abrangendo portanto, quaisquer que sejam, de forma que inclui a prova testemunhal, depoimento da vítima e demais provas que possam envolvam critérios humanos subjetivos.

2.1 As fases procedimentais da cadeia de custódia

As fases ou etapas da cadeia de custódia demonstram-se como formas de orientação necessária à execução das leis. Entretanto, anterior a análise das etapas propriamente ditas, importante definir o início da cadeia de custódia, momento este previsto no §1º do artigo 158-A do Código de Processo Penal, que regulamenta o início da cadeia de custódia com a preservação do local do crime quando houver a existência de vestígio, mas afinal, o que entende-se por vestígio? O dispositivo legal, por meio do §3º definiu vestígio como "todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal." (Brasil, 2019). Dessa forma, entende-se por vestígio como todo material encontrado na cena do fato que pode ou não ser aproveitado como prova, desde que relacionado a infração penal. Portanto, o legislador delimita a aplicação da cadeia de custódia a apenas o que se reconhecer como vestígio.

Para observar e seguir a cadeia de custódia é necessário esmiuçar as etapas do instituto. O artigo 158-B do Código de Processo Penal, descreve as etapas de forma clara e

direta: reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte.

Seguindo a ordem cronológica estabelecida pelo Código de Processo Penal, o reconhecimento é definido pelo artigo 158-B, I como: "ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial" (Brasil, 2019). É o primeiro ato do instituto, que inicia quando um agente público reconhece um elemento como essencial para produção da prova, ou que esteja ao processo relacionada, ou seja, reconhece um elemento como vestígio. O agente que reconheceu ficará responsável por sua preservação neste primeiro momento.

A partir do reconhecimento, a próxima etapa é o isolamento, com a finalidade de preservar o estado das coisas. É definido no artigo 158-B, II do CPP como "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" (Brasil, 2019). Sendo que uma vez realizado o isolamento, é proibido remoção, desfazimento da cena, ou entrada de pessoas estranhas ao trabalho que está sendo realizado. Além, a remoção ou desfazimento pode implicar em fraude processual, conforme art. 158-C, §2º do CPP. (AVENA, 2022, p. 508)

A próxima etapa é a fixação. Art. 158-B, III do CPP:

> 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. (Brasil, 2019)

A fixação é a descrição das condições do vestígio, do local do crime ou do corpo de delito, sendo que o instituto possibilita que a fixação ocorra por meio de fotografias, filmagens ou croqui, devendo todo o relato ser transcrito em laudo pericial.

Após, procede-se à coleta, que nada mais é do que recolher o vestígio. Entretanto, é uma etapa que carece de muita atenção e observância, pois normalmente a coleta é a etapa da cadeia de custódia que arruína o procedimento, mesmo que realizada por profissionais. Nesse sentido, dispõe Michelle Moureira Machado:

> Falhas nos procedimentos da cadeia de custódia têm sido detectadas até mesmo entre os profissionais forenses. Apesar de existir a portaria n° 82 da SENASP 7, que padroniza os procedimentos de custódia pericial, esses ainda não foram implementados por muitas unidades de perícia do Brasil, o que tem acarretado diferentes procedimentos até mesmo entre Peritos de uma mesma instituição . (MACHADO, 2017, p. 9)

Inclusive, possui um artigo específico, o artigo 158-C e seus parágrafos do Código de Processo Penal, que prevê a forma do procedimento da etapa, que será realizada preferencialmente por perito oficial que deverá detalhar a forma do cumprimento da coleta do vestígio. Ainda, traz novamente a previsão da expressa proibição de entrada de terceiros ou a remoção de vestígios do local, antes da liberação do perito responsável. (BRASIL, 2019)

A próxima etapa é o acondicionamento, definido pelo artigo 158-B, V do CPP:

> 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. (Brasil, 2019)

É o momento em que o vestígio será embalado individualmente, em atenção as suas características e individualidades, observando sua composição física, química e biológica. Deve ser embalado, selado e numerado, descrevendo hora, data e assinatura do perito responsável, a fim de garantir a inviolabilidade, impedir contaminação ou vazamento do conteúdo. (AVENA, 2022, p. 509)

Após o reconhecimento, isolamento, fixação, coleta e acondicionamento, a próxima etapa é o transporte. Como o próprio diz, a etapa consiste em transferir, transportar, mover o vestígio, devendo, contudo, observar as condições para sua realização, atendendo a demanda e especificidade de cada vestígio, tal com a temperatura, o meio de transporte, embalagem. A importância dessa etapa, tem-se pela necessidade da garantir a preservação da característica original do vestígio, que no transporte incorreto pode comprometer a integridade da prova.

Deve-se receber o vestígio transportado. O recebimento é a transferência da posse, que deve ser documentado e identificado, através das informações do processo ou do número do procedimento policial. Documentando quem transportou o vestígio e quem o recebeu, e informações referentes como local, natureza, tipo do vestígio.

A próxima etapa é o processamento, momento este em que será analisado e investigado o vestígio, por meio do exame pericial adequado as necessidades do vestígio e suas características. Ao fim, o perito confeccionará um laudo, indicando as conclusões do processamento, devendo formalizar o procedimento e a metodologia utilizada, devendo ainda detalhar as conclusões e resultados do processamento.

A próxima etapa é o armazenamento, sendo importante não somente para eventual futura contraperícia, mas também para resguardar condições externas que o material possa

danificar. Deverá ser observada a condição necessária para preservação do material, uma vez que se necessário passar por uma nova perícia e terá que estar em condições originais para obtenção de resultado, caso contrário comprometerá toda a cadeia de custódia processada até o momento. (OLIVEIRA, 2019)

Por fim, o descarte é a última etapa da cadeia de custódia. Caracteriza-se pela liberação do vestígio, sendo que em alguns casos necessitará de autorização judicial e deverá observar a forma correta de descarte. Aqui não se preocupará mais com a preservação da prova, mas sim de consequências que o descarte incorreto do vestígio poderá danificar, a título de exemplo os entorpecentes, que necessariamente deverão ser descartados por incineração. "O descarte se dá com o esgotamento do interesse do Estado na preservação do vestígio." (MAGNO; COMPLOIER, 2021, p. 13)

O artigo 158-F, parágrafo único do Código de Processo Penal, traz ainda a previsão para caso ocorra a hipótese de a central de custódia não possuir condições para armazenar o material, concluindo que pode ser armazenado em local diverso, mediante determinação das condições de depósito.

2.2 As consequências da quebra de cadeia de custódia

A quebra de cadeia de custódia ocorre a partir da inobservância do procedimento e de qualquer das etapas da cadeia de custódia. Em termos de vício processual, ainda não há um entendimento pacífico entre a doutrina e a jurisprudência.

Em que pese a quebra da cadeia de custódia gere a ilicitude da prova e de inicialmente ter-se retratado a nulidade como consequência, surgiram entendimentos e decisões contrárias. Parte defende que a quebra de cadeia de custódia não gera a nulidade do laudo produzido, mas sim a redução do valor probatório da prova. (AVENA, 2022, p. 511)

O Superior Tribunal de Justiça, concedeu habeas corpus no HC Nº 653515/RJ, relativo ao tráfico de drogas, em maioria de votos pela Sexta Turma e fundamentada pelo ministro Rogerio Shietti Cruz, absolvendo o acusado pela ocorrência da quebra de cadeia de custódia. A quebra da cadeia se deu quando a substância apreendida foi entregue a perícia sem lacre e em embalagem inadequada. Entretanto, a fundamentação do ministro assentou-se em que a quebra cadeia de custódia não gera uma consequência absoluta, qual seja a nulidade, mas sim, que deve haver a análise de todos os elementos probatórios do processo para chegar-se a decisão de confiabilidade ou não da prova. No caso em epígrafe, o acusado foi absolvido por tráfico de drogas, com fundamento em que os demais elementos do processo não

comprovam a incidência no ilícito penal, não apenas a quebra de cadeia de custódia. (BRASIL, 2021)

Em outro viés, antes mesmo da introdução dos artigos 158-A a 158-F no Código de Processo Penal, pela Lei 13.964/2019, a jurisprudência trazia o objetivo da cadeia de custódia, que assemelham a quebra da cadeia de custódia com a prova ilícita.

Também há decisões nos remetem que a quebra da cadeia de custódia gera a imprestabilidade da prova, pois esta assegura a confiabilidade da prova, uma vez que é garantia constitucional a obrigação do Estado para com o acusado, de assegurar a legitimidade da prova, sustentada também pela cadeia de custódia.

> O instituto da quebra da cadeia de custódia, o diz respeito à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade. Tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita. (BRASIL, 2019)

Nesse sentido, garante Norberto Avena:

> Compreendemos, enfim, que, na medida em que essa quebra interfere na confiabilidade da prova, fica invalidado o laudo pericial produzido a partir da inobservância da cadeia, não podendo, então, ser utilizado como fator de convicção do juiz. (AVENA, 2022, p. 512)

É visível a falta de entendimento pacífico entre os tribunais acerca da consequência prática da quebra de cadeia de custódia. Conclui-se pela inexistência de uma consequência absoluta e previsível quando inobservado o procedimento do instituto. Entretanto, nota-se que a jurisprudência segue o caminho de que a aceitabilidade da prova, dependerá de quais consequências surgirão a partir da irregularidade, ou seja, havendo irregularidades formais, deverá se verificar se a prestabilidade da prova ficou comprometida no caso concreto, o que será valorado simultaneamente com a prova em si. (MAGNO; COMPLOIER; 2021)

3 CADEIA DE CUSTÓDIA NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Incluídos dentro do Título IV, dos crimes contra a dignidade sexual, no Capítulo I, dos crimes contra dignidade sexual do Código Penal, os crimes contra a liberdade sexual são quatro: Estupro, violência sexual mediante fraude, importunação sexual e assédio sexual.

3.1 Breve conceitualização dos crimes contra a liberdade sexual

Estupro, preceituado pelo artigo 213 do Código Penal como “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”, (Brasil, 1940), abrange tanto homem como a mulher no polo passivo ou ativo da ação criminosa. O tipo penal define por constranger o ato de forçar, obrigar, coagir alguém, uma pessoa, que pode ser de qualquer dos sexos, ou seja, o delito é bicomum, qualquer pessoa pode sofrer ou praticar as consequências da infração. (CUNHA, 2020, p. 521)

Consagrado pela jurisprudência, a conjunção carnal e o ato libidinoso são crimes únicos, ou seja, ambos caracterizam o estupro, entretanto, é necessário diferenciar os dois atos. A conjunção carnal e o ato libidinoso para caracterizar estupro, devem ocorrer mediante violência, qual seja o emprego de força física que impeça reação da vítima, ou grave ameaça que se dá pela violência psicológica, moral, em que só resta a vítima ceder ao ato. Pode-se caracterizar a conjunção carnal como a penetração total ou parcial do pênis na vagina e ato libidinoso, abrangerá as demais formas de realização de ato sexual, a fim de satisfazer o desejo sexual. (MARCÃO; GENTIL; 2018, p. 28)

A violação sexual mediante fraude, é conceituada no artigo 215 do Código Penal: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima” (Brasil, 1940). É um crime que pode ser realizado por qualquer pessoa, homem ou mulher, igualmente podendo ser o sujeito passivo quaisquer dos sexos. A violação sexual também pode se dar por conjunção carnal ou ato libidinoso, entretanto deve ocorrer mediante fraude. A título de exemplo os médicos e ministros religiosos, que utilizam de sua autoridade para manipular as vítimas, sob o pretexto de cura ou diagnóstico. (NUCCI, 2022, p. 32)

A importunação sexual, é conceituada no artigo 215-A: “praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”. (Brasil, 1940) É praticar ato libidinoso, ou seja, as demais formas de realizar o ato sexual sem ser a conjunção carnal em si, contra alguém e sem sua anuência, podendo ser para satisfazer o seu próprio prazer sexual ou de terceiro. Aqui é necessário fazer um apontamento importante quanto ao consentimento, o menor de 14 anos não possuirá consentimento válido, logo o sujeito ativo poderá incidir em estupro de vulnerável. (CUNHA, 2020, p. 531)

Assédio sexual, preceituado no artigo 216-A do Código Penal é definido como: “Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao

exercício de emprego, cargo ou função." (Brasil, 1940). A ação é constranger alguém a fim de obter vantagem sexual. Lê-se constrangimento como insistir, importunar, envergonhar, entretanto, diferentemente dos outros tipos penais do capítulo o sujeito do crime deve ser próprio, ou seja, exige que seja praticado por superior hierárquico ou ascendente em relação de emprego, cargo ou função. (NUCCI, 2022, p. 39)

Automaticamente, o tipo penal exige que o sujeito passivo seja próprio também, devendo ser subalterno ao autor, ao caso de não possuir a condição especial, poderá incidir em outro tipo penal. Para melhor contextualização, cita-se o exemplo do chefe que utiliza-se da sua hierarquia para favorecer-se sexualmente de sua empregada. (MARCÃO; GENTIL; 2018, p. 60)

3.2 A prova pericial como prova primordial para comprovação da autoria e materialidade do fato nos crimes contra a liberdade sexual

A finalidade da prova é convencer o juiz da realidade dos fatos, ou da verdade dos fatos, o que é relativo. Entretanto, para maior segurança é necessário utilizar meios que possuem menor probabilidade de erro, de forma que aumentem a chance da verdade real ser revelada. É de conhecimento comum que a perícia é a forma mais utilizada para averiguar os elementos do crime (nos processos em que é cabível a sua realização) e consequentemente descobrir a autoria e materialidade do fato, sendo que a perícia como meio de prova, é um dos meios que menos possuem probabilidade de erro, pois sua base elementar é a ciência, dificilmente podendo ser alterada por elementos externos, como por exemplo, uma prova testemunhal, que inclui subjetividade da pessoa. Nesse sentido dispõe Norberto Avena:

> Isto ocorre, primeiramente, por se tratar este do exame realizado no vestígio deixado pela prática da infração penal (exame de lesões corporais, o laudo de necropsia, o exame de conjunção carnal etc.), implicando sua ausência, quando não desaparecido o vestígio, em causa de nulidade processual (art. 564, III, b, do CPP); em segundo, pela maior complexidade deste meio pericial, já que destinado à comprovação da materialidade da infração penal, exigindo-se, naturalmente, regramento legal com maior detalhamento; (AVENA, 2022, p. 506*).*

Para um processo atingir sua finalidade de manutenção da ordem social e a verdade real do processo, é necessário a verificação da autoria e materialidade. Partindo da premissa que a teoria com maior aceitação no campo do direito penal brasileiro, é a teoria objetiva formal, a autoria, é caracterizada como aquele que pratica a conduta descrita no núcleo do tipo penal, aqueles que concorrerem para a infração, mas não praticarem a conduta do verbo do

tipo penal serão partícipes, ressaltando que nos crimes contra a liberdade sexual, a coautoria é admitida. (CAPEZ, 2018, p. 445)

O partícipe pode concorrer para o crime por via moral ou material. A via moral possui duas vertentes, a moral por induzimento e por instigação. Por induzimento, o sujeito partícipe cria a ideia criminosa na cabeça do autor, o instituto sugere que o autor não teria a ideia, entretanto, ela é lançada pelo partícipe; já a via moral por instigação, o partícipe apenas reforça e estimula a ideia de praticar o crime, o autor já tinha a intenção delitiva. Por outro viés, a via material prevê a cumplicidade, ou seja, o partícipe ajuda materialmente a prática do crime, facilitando através de materiais ou por meio de ações, contribuindo para que o delito ocorra, seja ele tentado ou consumado. (GRECO, 2021, p. 95)

Neste momento, é necessário fazer apontamentos acerca da omissão, a posição majoritária entende que a participação moral é impossível de ser feita por omissão, enquanto a participação material é possível, no caso da omissão do partícipe contribuir para a ocorrência da infração. No caso dos agentes que possuem o dever de agir para impedir o resultado, este responderá como autor e não como partícipe. (CAPEZ, 2018, p. 460)

Compreendido o conceito de autor, o outro elemento essencial para o processo é a materialidade. A materialidade, basicamente é a produção de um resultado, é a incidência em um tipo, crime, delito, infração penal. A materialidade será comprovada por meio de provas, em outras palavras, deve provar que houve a ocorrência de um crime.

Frequentemente são vistos nos processos em que se apura a ocorrência de um crime contra a liberdade sexual, as provas testemunhais, o interrogatório, prova documental e fotográfica, palavra da vítima como prova e a prova pericial. Entretanto, a prova pericial ganha uma certa preferência pelo art. 158 do CPP: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.” (Brasil, 1941).

A prova pericial consiste em um exame elaborado por uma pessoa que possui conhecimento técnico e formação específica, que auxiliará o magistrado em questões que vão além do seu conhecimento profissional. É um documento que deve conter descrição minuciosa do objeto examinado, respostas aos quesitos e sempre que possível, desenhos e fotografias. (CAPEZ, 2022, p. 164)

O artigo 159 do Código de Processo Penal traz algumas exigências para a realização da perícia, relacionadas as características do perito, do assistente técnico, mas que se limitam às questões processuais. Portanto, o legislador entende a necessidade de uma maior especificação quanto as exigências relacionada a prova pericial, de forma que nasce o instituto

da cadeia de custódia. Nesse sentido Antônio Fernandes, José Raul Gavião Almeida e Maurício Zanoide Moraes salientam:

> […] constata-se a indeclinável necessidade de a prova pericial ser produzida sob critérios mínimos fixados previamente por lei. Tais critérios devem ser suficientes para permitir que tanto o juiz como as partes sejam capazes de aferir a validade de sua produção e sua admissibilidade como elemento motivador de decisão judicial. (FERNANDES; ALMEIRA; MORAES; 2011, p. 10)

3.3 A cadeia de custódia como garantia e comprovação da ocorrência dos crimes contra a liberdade sexual

Como já sabido, a cadeia de custódia tem por objetivo assegurar a integridade e a autenticidade da prova. Apesar de não haver pacificidade quanto a consequência prática da quebra de cadeia de custódia, é inevitável que a violação do instituto gere uma insegurança quanto o valor probatório colhido, independente de exclusão dos autos ou nulidade do processo. (AVENA, 2022, p. 511)

Nos crimes contra a liberdade sexual, seguir a cadeia de custódia é um desafio no direito brasileiro. A uma, que a cadeia de custódia não envolverá apenas provas técnicas, mas sim elementos que a legislação não prevê, como a saúde e acolhimento da vítima em consonância com a coleta do vestígio; a duas, que conjuntamente com a desinformação, encontra-se o medo das vítimas. O impasse é que o início da cadeia de custódia se dá pela vítima, sendo que na maioria das vezes é violado pela própria. Nesse sentido Júlia de Souza Melo dispõe:

> Além de a violência física ser quase um pré-requisito, o que mais deixa marcas indeléveis é a violação da honra e da autoestima. Depois do crime consumado, muitas das vítimas sentem vergonha de denunciar e preferem se calar. Entre aquelas que prestam queixa, o que resta é uma justa atividade probatória capaz de auxiliar a justiça a exercer esse dever de punir o autor do crime. (MELO, 2021, 25)

A cadeia de custódia deverá ser assegurada simultaneamente com a saúde e acolhimento da vítima, pois embora seja primordial que a vítima esteja segura, não deve-se deixar de lado os procedimentos relativos ao exame físico, necessário trabalhar ambos em complementação. Ou seja, ao passo que o material genético, deve ser retirado da vítima, por meio de medicamentos, higienização, deve também ser considerado como evidência e assegurar sua preservação para observância as demais etapas da cadeia de custódia. Uma vez

que deixado vestígios, somente a prova pericial se mostrará válida para demonstrar a ocorrência da infração. (MARCÃO; GENTIL; 2018, p. 38)

A desinformação e o medo trazidos pela pressão social e ideias culturais que oprimem vítimas de crimes contra a sua liberdade sexual, viola as primeiras etapas da cadeia de custódia e por vezes compromete o restante do procedimento. "É mister que os protocolos humanizados de atendimento a mulheres em situação de violência sejam ensinados desde as graduações para que se consiga ampliar o olhar, o discurso e a atenção nesse campo". (JOTA; ARRAIS; ZERBINE; ALMEIDA; 2019, p. 13).

O reconhecimento, isolamento, fixação, se não realizados pela própria vítima, dificilmente possibilitará que se siga a cadeia de custódia. Para que haja a coleta, é necessário que a vítima assegure os meios de prova, não utilizando-se de atos que os apague, como escovar os dentes, tomar banho, ou até mesmo eliminando as vestes utilizadas no momento da violação.

O ideal seria imediatamente após a ocorrência do crime, a vítima procurar uma delegacia de polícia ou uma unidade de atendimento médico. O motivo frequente de levar à impunidade do acusado, é justamente a falta de suporte probatório, de forma que não há medida a ser tomada quando não houver indícios que comprovem o fato criminoso. (MELO, 2021, p. 48)

Se o vestígio não for comprometido, haverá outro impasse, o seguimento correto da cadeia de custódia pelos peritos oficiais, observa-se na prática a necessidade de informação acerca o instituto processual e das suas etapas. O cumprimento da cadeia de custódia que visa manter a integridade da prova é responsabilidade dos agentes públicos, que possuem obrigação moral e social para a qualidade da prova pericial. (MARINHO, 2014 p. 21)

O vestígio estará sendo tratado por profissionais que devem ser habilitados para o seu manuseio, uma vez que não seguindo as etapas corretamente, a prova poderá restar comprometida. Nos casos de um vestígio advindo de um crime contra a liberdade sexual, como por exemplo, uma perícia de material genético, o seu comprometimento poderá ser um ato irreversível, pois não haverá outra maneira de refazer a coleta e reexaminar o material.

Apenas as provas do fato delitivo podem levar ao alcance da justiça, além disso, os meios para obtenção de provas devem ser lícitos e legais para não prejudicar o processo, de forma que tencione ao alcance da verdade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo parte de um propósito definido, identificar a garantia da preservação da prova coletada e dos demais procedimentos da cadeia de custódia nos crimes praticados contra a liberdade sexual. Pretende identificar se há a efetiva garantia da licitude da prova quando seguido os moldes da cadeia de custódia.

Para tanto, inicialmente foram identificados os fundamentos constitucionais para embasamento da cadeia de custódia e da necessidade e garantia da prova lícita. Por estarem diretamente relacionados, são averiguados os limites constitucionais da legalidade da prova e da estrita necessidade de assegurar a cadeia de custódia.

Ainda, efetuou-se uma verificação acerca do procedimento e as etapas da cadeia de custódia, a partir do qual foi possível reconhecer o procedimento e averiguar a forma que se demonstra na realidade, definindo os conceitos e características do procedimento e das suas etapas. Bem como, a análise das provas utilizadas em um processo que o crime seja contra a liberdade sexual, com ênfase na prova pericial, em virtude de sua preferência legal quando estritamente decisiva para a conclusão do processo e para atingir a finalidade processual.

Analisou-se os tipos penais dos crimes contra a liberdade sexual sem abarcar suas especificidades e divergências doutrinárias ou jurisprudenciais, uma vez que limita-se a verificação da eficácia da cadeia de custódia nos crimes contra a liberdade sexual.

Buscou-se limitar a consequência prática da quebra de cadeia de custódia, restando demonstrada que não há unanimidade entre os tribunais e doutrinadores, vez que embora gere a prova ilícita, advindo da cadeia de custódia não seria um direito absoluto.

Por fim, desde o início até o fim da cadeia de custódia, quando de um crime contra a liberdade sexual, indiscutível sua complexidade, vez que rechochados de possíveis falhas no procedimento, pois as cenas e vestígios de um crime ocorrido contra a liberdade sexual haverão diversos elementos subjetivos e diversas pessoas que o manusearão.

Conclui-se, portanto, que embora o instituto da cadeia de custódia possui a finalidade de garantir a autenticidade e originalidade da prova, quando aplicado em um processo ou procedimento policial que envolva apurar um crime contra a liberdade sexual, a inserção do instituto na prática se torna complexo e dependente de diversos fatores para seu sucesso no processo em questão.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 14th edição. Grupo GEN, 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código penal.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de processo penal.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). **Habeas Corpus nº 653.515 – Rio de Janeiro (2021/0083108-7).** Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo.PDF>. Acesso em: 10 de outubro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). **Habeas Corpus nº 462.087 – São Paulo (2018/0192763-0).** disponível em:<https://processo.stj.jus.br/processo/revista. Acesso em: 10 de outubro de 2022.

CAGLIARI, José Francisco. **Prova no processo Penal.** 2001. Artigo. In: Justitia, v. 63, n. 195, p. 78-100, jul./set. 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral.** 22ª edição. Saraiva Educação, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 29th edição. Editora Saraiva, 2022.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho D. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 6th edição. Editora Saraiva, 2014. E-book. ISBN 9788502224308.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 a 361).** 12ª edição. JusPODIVM, 2020.

FERNANDES, Antônio S.; ALMEIDA, José Raul Gavião D.; MORAES, Maurício Zanoide D. **Provas no processo penal: estudo comparado.** Editora Saravia, 2011.

GRECO, Rogério. **Direito Penal Estruturado.** 2ª edição. Grupo GEN, 2021.

JOTA, Fernanda Schieber Saúde Vilas Boas de Oliveira; ARRAIS, Alessandra da Rocha; ZERBINE, Elen Carioca; ALMEIDA, Renata Rodrigues de Melo. **A cadeia de custódia de vestígios dos crimes sexuais: Os desafios para implantação dessa nova política pública de atendimento à mulher vítima de violência sexual no SUS.** 2020. Revista Humanidades e Inovação v.7, n.19 – 2020.

MACHADO, Michelle Moreira. **Importância da cadeia de custódia para a prova pericial.** 2017. Revista criminalística e medicina legal. 2017.

MAGNO, Levy Emanuel; COMPLOIER, Mylene. **Cadeia de custódia da prova penal.** Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 22, nº 57, p. 195-219, Janeiro-Março/2021.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plinio. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do Código Penal**. Editora Saraiva, 2018.

MARINHO, Girlei Veloso. **Cadeia de custódia da prova pericial.** 2011. Dissertação. Curso de Mestrado em Administração Pública da Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresa. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro/Rio de Janeiro, 2011.

MELO, Júlia de Souza. **Atividade probatória nos crimes sexuais: cadeia de custódia e o valor da palavra da vítima.** 2021. Monografia. Curso de Direito – UniEVANGÉLICA, Anápolis/Goiás, 2021.

NETO, Elias Marques de Medeiros. **O princípio da proibição da prova ilícita**. 2017. Artigo científico. Curso de Direito - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO, São Paulo/São Paulo, 2017.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal: Parte Especial. Arts. 213 a 361 do Código Penal. v.3**. 6th edição. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643752.

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Processo Penal**. 3rd edição. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643691.

OLIVEIRA, Karine Marsui de. **As consequências da inobservância da cadeia de custódia de provas periciais de amostras biológicas.** Conteúdo Jurídico, Brasília/DF. 2019

Recebido em: 08/03/2023
Aceito em: 11/06/2023