

A cadeia de custódia a partir da reforma do CPP: atividade probatória de segundo grau

Paulo Guilherme Carolis Lima

Promotor de Justiça – GAECO/MPSP

Leonardo Leonel Romanelli

Promotor de Justiça – CAEx/MPSP

RESUMO: A prova da cadeia de custódia é a documentação que busca trazer para o processo todo o trâmite de vestígios coletados relacionados à infração penal. Trata-se de atividade probatória de segundo grau, “prova da prova”, a qual se aplicam os princípios da liberdade probatória e do livre convencimento motivado. Alegações sobre a falsidade da fonte ou de sua documentação devem se tratadas em incidente de falsidade,

impondo-se o ônus probatório daquele que alega a existência de vício. Impacta, neste ponto, a fungibilidade do vestígio. De outro lado, irregularidades ou vícios na documentação da cadeia de custódia não afetam sua licitude ou legitimidade, devendo tais questões serem sopesadas judicialmente sob o ângulo da força probatória da evidência, verificando-se a autenticação da evidência e, assim, a probabilidade positiva de que o vestígio apresentado em juízo seja o mesmo que aquele coletado. Essa valoração deve ser realizada a partir do conjunto de elementos de convicção disponíveis nos autos. Ao órgão investigador incumbe o ônus de constituir e apresentar documentação necessária para atestar a autenticidade e a intangibilidade do vestígio. Incumbe à parte que alega o vício na documentação indicar a correlação entre seu defeito ou sua irregularidade e o impacto causado sobre a força probatória do vestígio. A presença de perito na coleta de vestígio, embora seja preferencial, não afasta sua realização por outro agente público, máxime quando a atividade dispensar conhecimento técnico-específico. A ausência de perito não provoca, per se, nulidade, devendo a circunstância ser sopesada no exame de valoração da força da prova.

PALAVRAS-CHAVE: Cadeia de custódia. Atividade probatória de segundo grau. Livre convencimento motivado. Liberdade probatória. Bens fungíveis. Vestígio. Autenticidade. Valor da prova.

ENGLISH

TITLE: Chain of custody proof: second degree probative activity.

ABSTRACT: Proof of the chain of custody is the documentation that seeks to bring to the process the entire process of traces collected related to criminal offenses. It is a second degree probationary activity, “proof of proof”, to which the principles of probationary freedom and motivated free conviction apply. Allegations about the falsity of the source or its documentation must be dealt with in a false incident, imposing the probative burden of the one who alleges the existence of addiction. At this point, it impacts the fungibility of the trace. On the other hand, irregularities or biases in the chain of custody documentation do not affect its legality or legitimacy, and such issues must be weighed in court from the perspective

of the evidential strength of the evidence, verifying the authentication of the evidence and, thus, the positive probability of that the vestige presented in court is the same as the one collected. This valuation must be carried out based on the set of elements of conviction available in the case file. The investigating body bears the burden of constituting and presenting the necessary documentation to certify the authenticity and intangibility of the vestige. It is incumbent on the party claiming the defect in the documentation to indicate the correlation between its defect or irregularity and the impact caused on the probative force of the trace. The presence of an expert in the collection of traces, although it is preferred, does not preclude its performance by another public agent, maximally when the activity does not require technical-specific knowledge. The absence of an expert does not in itself cause nullity, and the circumstance must be weighed when examining the strength of the evidence.

KEYWORDS: Chain of custody. Secondary probation activity. Free motivated convincing. Probationary freedom. Fungible goods. Trace. Authenticity. Value of the test.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Da cadeia de custódia da prova e a prova da cadeia de custódia 2.1 – Da prova da cadeia de custódia: atividade probatória de segundo grau sobre bens fungíveis – 2.2 Do ônus probatório – 3 Da coleta dos vestígios – âmbito de aplicabilidade do art. 158-C do Código de Processo Penal – 3.1 Dos vestígios digitais – 4 Da irretroatividade dos arts. 158-A a 158-E, do Código de Processo Penal – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A temática da cadeia de custódia, embora não se trate de novidade na seara processual penal, tem experimentado uma discussão jurídica limitada, fundada na coleta e análise de evidências e restrita ao aspecto da licitude/ilicitude da prova.

Esse cenário decorria tanto da ausência de regramento legal como, ainda mais nos parece, da ausência de formação de uma cultura jurídica embebida da natureza das temáticas que

com ela se correlacionam, desde sua natureza, finalidade até os consectários jurídicos pela inobservância dos cuidados devidos.

Em se tratando de tema com perfil e fundo técnico, exige dos operadores jurídicos aprofundamento temático e específico, alargado do cotidiano processual penal.

Como reflexo desse cenário, assistimos a debates jurídicos superficiais fulcrados na ilicitude do vestígio e voltados a obter, por parte das defesas, no mais das vezes, o desentranhamento dos autos da evidência ou do parecer técnico dela decorrente.

Os contornos do instituto no âmbito processual estão, contudo, muito mais relacionadas à autenticação e à valoração da prova, do que de sua admissibilidade, as quais têm passado ao largo do debate processual.

Agora, com as modificações introduzidas ao Código de Processo Penal pela Lei n. 13.964/19 (arts. 158-A a 158-F), avulta em importância preencher essas lacunas, iniciando-se pela fixação de novas premissas técnicas, em busca de uma interpretação jurídica coesa e sistemática que traduza e espelhe a finalidade do instituto legal.

Deve-se afirmar, para tanto e como marco de início da proposição deste debate, que a reforma legislativa em voga

trouxe um excesso de detalhamento, com minúcias técnico-procedimentais, as quais teriam melhor alocação em atos regulamentares, infralegais, tanto mais por desconsiderar a distinção de realidades regionais dum país tão vasto, assim como dos diversos órgãos incumbidos de cumprir as novas determinações. Não se contentando com a conceituação (art. 158-A), a definição do *termo a quo* (art. 158-A, §1º) e a fixação de etapas gerais (art. 158-B, incisos I a X), a norma adentrou pontos técnicos de cada fase, se ocupando com recipientes, protocolos, forma de registro entre outros institutos, alguns dos quais, note-se, deixou de definir (como código de rastreamento).

Neste ponto, não se pode deixar de notar o açodamento do trâmite legislativo, anormalmente aprovado em período de final de ano (24 de dezembro), cuja consequência mais conhecida e notada no mundo jurídico-penal foi a suspensão de diversos de seus artigos.

Veja-se, a respeito, que a proposta de redação estampada em projeto anterior sobre o tema (Projeto de Lei nº 8045/2010, art. 169-A, §2º) preconizava uma autonomia interna, ainda que parcial, dos órgãos incumbidos de fazer cumprir o instituto: “os órgãos policiais e periciais poderão regulamentar, no âmbito

administrativo, a cadeia de custódia, inclusive para adaptá-la aos avanços técnico-científicos”¹.

Acaso encampada pela lei vigente aquela visão, haveria espaço adequado para que as normas infralegais se adequassem de forma dinâmica e eficaz às peculiaridades regionais e de cada órgão, favorecendo a transparência de atividade e sua eficiência, bem como os avanços da tecnologia.

Sobre este último ponto, necessário apontar que estamos diante de um instituto jurídico que experimentará, de forma direta, as alterações impostas pelos contínuos e céleres avanços do universo da tecnologia; universo que produz, diuturnamente, incontáveis novos *modus operandi* delitivos, de coleta e preservação de vestígios e de possibilidades de registro da cadeia de custódia.

Neste universo peculiar, mutante, agitado e em constante evolução, normas rígidas se tornarão rapidamente vetustas.

¹ Nesse sentido, *Gustavo Badaró*, a Cadeia de Custódia e sua relevância para a prova penal, in *Temas Atuais da Investigação Preliminar no Processo Penal* – SIDI, Ricardo/ LOPES, Anderson Bezerra [Orgs] – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017.

2 A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA E A PROVA DA CADEIA DE CUSTÓDIA

De início, necessário distinguirmos a cadeia de custódia da prova da prova da cadeia de custódia:

(...) a cadeia de custódia da prova é a corrente histórica ou sequência da posse de uma dada prova. A *cadeia de custódia* não se confunde com a *prova da cadeia de custódia*. A prova da cadeia de custódia consiste na reconstrução cronológica da corrente histórica da posse de uma dada prova, retratando-a desde sua geração até seu aporte aos autos, expondo cada um dos elos dessa corrente, por cujas mãos a detenção da prova foi passada ².

Enquanto a primeira é fenomênica, inserta no mundo dos fatos, a segunda é uma mera ocorrência processual, reflexa do fenômeno trazido aos autos, incumbida de garantir a autenticação e a transparência da prova.

² “A prova da cadeia de custódia, nesse sentido, não deixa de ser uma prova de segundo grau ou metaprova, pois é uma prova sobre uma prova” - pag. 436. *A prova no enftretamento à macrociminalidade/organizadores*, Daniel de Resende Salgado e Ronaldo Pinheiro Queiroz – 2. Ed. – Salvador: Juspodivm, 2016.

Embora os temas sejam interconectados e, muitas vezes, interdependentes, suas características próprias poderão levar a diferentes consequências processuais.

Essa distinção é essencial já que poderemos nos deparar com eventos contraintuitivos: a apresentação em juízo de evidência com cadeia de custódia formalmente hígida, mas cuja coleta, p. ex., não se deu no local apontado como sendo dos fatos. A consequência, *in casu*, deverá ser a declaração da falsidade da própria fonte da prova.

Não são as eventuais irregularidades documentais na prova da cadeia de custódia que garantem que o vestígio coletado na cena do crime se trate do mesmo levado à perícia ou apresentado em juízo. Embora possam servir, conforme o caso, de indicativo de irregularidade, não atestam, per si, sua ocorrência.

Examinemos o novel diploma.

O art. 158-A do Código de Processo Penal conceitua cadeia de custódia como:

(...) 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 conhecimento até o descarte.

A lei se equivoca ao fundir na conceituação de cadeia de custódia a prova de seus atos, conforme explicado acima.

Cadeia de custódia é o elo, a sequência de atos históricos de transferência de posse da evidência, enquanto a documentação da cadeia de custódia é a comprovação de referido elo, conceito atinente à meta-prova: uma prova sobre a prova, voltada a comprovar as transferências de posse do vestígio coletado.

Por essa razão, a prova da cadeia de custódia consiste em atividade probatória de segundo grau³.

Os institutos sendo, portanto, distintos em natureza, são regidos por regimes jurídicos diversos, exigindo-se sua compreensão.

Enquanto se abre à defesa oportunidade de suscitar questões atinentes tanto sobre o vestígio coletado, como sobre a regularidade de sua documentação, exige-se do investigador garantir a higidez do primeiro e a regularidade da segunda.

³ “... a cadeia de custódia da prova é a corrente histórica ou sequência da posse de uma dada prova. A *cadeia de custódia* não se confunde com a *prova da cadeia de custódia*. A prova da cadeia de custódia consiste na reconstrução cronológica da corrente histórica da posse de uma dada prova, retratando-a desde a sua geração até seu aporte aos autos, expondo cada um dos elos dessa corrente, por cujas mãos a detenção da prova foi passada” – *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade/organizadores*, Daniel de Resende Salgado e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. – 2. Ed – Salvador: Juspodivm, 2016.

Cumpra a defesa, nesse sentido, definir qual dos institutos está a impugnar no caso em concreto, possibilitando a definição dos limites da discussão processual.

Alegações sobre a falsidade do vestígio⁴ ou sobre a falsidade da documentação de sua cadeia de custódia⁵ devem ser resolvidas em incidente de falsidade, aplicando-se o procedimento dos arts. 146 a 148 do Código de Processo Penal, cuja consequência é o desentranhamento da prova dos autos: “se reconhecida a falsidade por decisão irrecurável, mandará desentranhar o documento e remetê-lo, com os autos do processo incidente, ao Ministério Público”.

Nesses casos, o debate abordaria a real vinculação do vestígio aos fatos em debate, cuja falsidade o desvincularia da prática delitiva, não podendo ser considerado sequer como vestígio, incidindo o responsável na prática do art. 347 do Código Penal.

Diferentes são as consequências para casos de insuficiência ou de irregularidade na confecção da documentação da cadeia de custódia, cujas alegações se centrariam em divergências ou ausência de documentos, com

⁴ Aqui se enquadra, por exemplo, a alegação de que o vestígio coletado foi adulterado e não é o mesmo apresentado em juízo.

⁵ Por exemplo, falsificação do documento de qualquer das fases trazidas pelo art. 158-B, do Código de Processo Penal.

desrespeito a determinada fase/etapa dos registros. Tome-se, como exemplo, o disposto no art. 158-D, §4º, do Código de Processo Penal.

Debateremos doravante a documentação da cadeia de custódia e seus consectários – já que o debate sobre sua eventual falsidade já era suficientemente tratado pelo Código de Processo Penal, não havendo inovação no cenário jurídico.

2.1 Da prova da cadeia de custódia: atividade probatória de segundo grau sobre bens fungíveis

O art. 158-A do Código de Processo Penal trata, também, da documentação da “(...) história cronológica do vestígio (...)”, atento, pois, à prova da cadeia de custódia, traz à tona o debate sobre eventual vício pela “insuficiência da prova da cadeia de custódia”.

A prova da cadeia de custódia pode ser definida, de forma singela, como a documentação, por procedimento ininterrupto ou sequencial, do encontro e coleta da fonte da prova/vestígio, seu manuseio, sua preservação, seu transporte e demais eventos históricos a ela relacionados, até final desvinculação do processo.

A documentação da cadeia de custódia é a atividade probatória sobre a coleta da evidência e suas fases subsequentes, por isso, chamada de atividade probatória de segundo grau, a qual busca provar a sequência histórica da prova: “prova da prova”⁶.

Justamente por isso a cadeia de custódia não produz efeitos sobre a licitude ou legitimidade na obtenção da prova, podendo repercutir sobre o seu valor, sua credibilidade, ou, tecnicamente falando, sobre sua autenticação.

A autenticação presume a autenticidade da prova, salvo prova em sentido contrário – já que se trata de ato praticado por agente público.

Embora possam parecer a mesma coisa, não são. Vestígio autêntico é aquele realmente vinculado aos fatos em apuração; aquele que não é falso (item supra). Vestígio cuja documentação foi autenticada conforme a previsão legal é aquele cuja cadeia de custódia recebe carimbo estatal do devido respeito à sua documentação.

⁶ “A prova da cadeia de custódia, nesse sentido, não deixa de ser uma prova de segundo grau ou metaprova, pois é uma prova sobre uma prova” - p. 436. *A prova no enfretamento à macrocriminalidade/organizadores*, Daniel de Resende Salgado e Ronaldo Pinheiro Queiroz – 2. ed. – Salvador: Juspodivm, 2016.

As minúcias trazidas pela modificação legislativa se destinam, unicamente, a garantir objetivamente, sem necessidade de maiores esforços argumentativos, que o vestígio coletado pelo órgão investigador seja aquele apresentado em juízo – para, então, viabilizar-se o juízo de aferição de sua força probante.

Vale dizer: a autenticação da cadeia de custódia procura garantir a autenticidade do vestígio, permitindo-se o debate sobre seu conteúdo.

A autenticação é a manifestação externa da autenticidade da prova, é a documentação explícita que demonstra, externamente, o elo histórico de posse do vestígio:

[...] o estudo da cadeia de custódia é um subtema do tema ‘autenticação da prova’, que é, por sua vez, uma subtema do direito probatório.

O problema da autenticação da prova reduz-se a uma questão: é este o item de evidência, esta prova, o que seu proponente diz que é? Assim, por exemplo, antes de um revólver ser admitido num julgamento de homicídio, alguma evidência deve apontar para o fato de que esse revólver é, de fato, a arma do crime; antes de um pacote de cocaína ser introduzido num processo por tráfico de drogas., deve haver alguma indicação de que o conteúdo do pacote é o mesmo produto apreendido com o acusado e que contém a substância identificada como cocaína⁷

⁷ *Idid, ibid*, pag. 439.

A alegação de vício na prova da cadeia de custódia se insere, portanto, no campo da valoração de força probante da evidência, sem repercutir na licitude ou legitimidade da prova.

A prova coletada em respeito às normas materiais e processuais é lícita e legítima, enquanto eventuais vícios na comprovação da cadeia de custódia podem refletir na força probante do vestígio, reduzindo-a ou não.

A conclusão a que se chega é que eventual rompimento da prova da cadeia de custódia não leva, por si só, à ilicitude da prova ou à sua exclusão do processo, e nem sempre à imediata valoração negativa de seu peso.

De fato, cuidando-se de atividade probatória, a prova da cadeia de custódia ou a documentação da coleta de vestígios se submete, como qualquer outro meio de prova, ao princípio reitor da liberdade probatória (art. 155, p. único, do Código de Processo Penal).

Por consequência, já que inspirada pela liberdade probatória, a atividade desenvolvida sobre a documentação da cadeia de custódia deve levar em conta que a tomada de decisões no âmbito jurídico se insere num contexto de incertezas e que a busca da verdade real deve incluir o conceito de correspondência (relativização, pela análise daquilo que foi

possível ser produzido nos autos, formando-se a convicção sobre os elementos disponíveis):

A única coisa que parece razoável derivar da nota de incerteza que caracteriza a tomada de decisões no âmbito da prova jurídica é, pois, uma relativização da confirmação do valor de verdade que podemos atribuir às conclusões que alcançamos nesse âmbito. Entenda-se bem: não quero dizer que não se possa atribuir valor de verdade à proposições que são declaradas provadas em um processo; quero destacar, isto sim, que o conjunto de provas de que se dispõe nesse permite unicamente atribuir um determinado grau de confirmação ou de probabilidade de que essa proposição seja verdadeira⁸

Tais acepções são fundamentais para compreender que o art. 158-B, incisos I a X, do Código de Processo Penal, definindo etapas para a documentação da cadeia de custódia, não interfere diretamente na validade da prova, já que suas diretrizes são vinculadas ao grau de confirmação e de probabilidade de autenticidade, pela autenticação da evidência e a fixação de probabilidade positiva de que o vestígio coletado se trate do mesmo apresentado em juízo.

⁸ *Valoração Racional da Prova*. Jordi Ferrer (tradução Vitor de Paula Ramos) – p. 38 – Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

Voltamos ao item anterior: a regularidade formal da documentação da cadeia de custódia não é prova cabal, per se, de que o vestígio tenha sido de fato, colhido no local ou junto ao réu informado – é apenas um indicativo.

Diferente não é a situação dos comandos normativos dos arts. 158-C a 158-D, do Código de Processo Penal, os quais, ocupados com formalidades da documentação da coleta do vestígio – atos, portanto, externos –, não interferem diretamente na sua autenticidade. Cuidam estes dispositivos, também, de atividade probatória de segundo grau (prova sobre a coleta da prova).

Obviamente que o amplo respeito estatal aos pormenores legais, quando possível, trará um estado de documentação de cadeia de custódia pleno a exigir, por parte daquele que a conteste, enorme esforço argumentativo e impugnativo.

Nada impede que o magistrado, dentro da principiologia reitora da liberdade probatória, dispense formalidades ou permita atuação diversa do órgão investigatório na coleta de vestígios.

De fato, sendo o juízo destinatário da prova, que a sopesa com base em seu livre convencimento motivado (art. 155 do Código de Processo Penal) realizado sobre os elementos

disponíveis nos autos (probabilidade), nenhuma razão plausível existe para, diante da situação peculiar e devidamente fundamentada, limitar a produção de prova em detrimento de atividade probatória de segundo grau.

Não se pode conceber, por exemplo, que um perito ou agente público que tenha participado da apreensão de determinado vestígio não possa, mediante testemunho ou um simples relatório, autenticar a coleta/manuseio/entrega/trânsito do objeto, ainda mais quando se tratar de bem infungível ou que possua traço distintivo peculiar que o individualize dos demais⁹.

Para essas situações vige a regra geral processual: “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé” (art. 5º do CPC), boa-fé – e regularidade – que se presumem nos atos de agentes públicos.

A busca primordial é pela prova lícita, legítima e autêntica, sendo a autenticação passível de ser realizada por qualquer meio probatório admitido em direito.

Foi bem o art. 158-D, §3º, do CPP, ao fixar que “o recipiente só poderá ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada”, estabelecendo

⁹ “São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade” – art. 85 do Código Civil. Embora o Código Civil vincule a fungibilidade de bens móveis, a aplicação do conceito aos vestígios no processo penal não possui referida restrição.

que, com a devida justificativa, podem ser produzidos de forma diversa elementos de documentação da cadeia de custódia.

Resta evidente, a partir desses comandos, que a documentação da cadeia de custódia não é um fim em si:

Não é a cadeia de custódia a prova em si. Mas sim uma “prova sobre prova”. Sua finalidade é assegurar a autenticidade e integridade da fonte de prova, ou a sua mesmidade. Ela, em si, não se destina a demonstrar a veracidade ou a falsidade de afirmações sobre fatos que integram o *thema probandum*.¹⁰

Novamente acertou o legislador no art. 158-C, ao tornar apenas preferencial a coleta dos vestígios por perito oficial, sabedor de que circunstâncias institucionais, fáticas e intrínsecas da investigação – como a origem, o número de mandados a serem cumpridos ou a diversidade de locais de coleta e as infundáveis peculiaridades dos casos concretos –, muita vez justificam solução diversa.

A regra, de fato, é a da realização da coleta por pessoa autorizada (e não perito oficial), justamente porque a realidade

¹⁰ Gustavo Badaró, a Cadeia de Custódia e sua relevância para a prova penal, in *Temas Atuais da Investigação Preliminar no Processo Penal* – SIDI, Ricardo/ LOPES, Anderson Bezerra [Orgs] – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 535.

dos órgãos investigatórios inviabiliza a presença de peritos em todos os locais onde se encontrem vestígios delitivos.

Idêntica lógica inspirou o art. 158-D, §3º, o qual especifica que “o recipiente só poderá ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada” – se aplicando, portanto, a mesma solução.

Depreende-se das razões técnicas expostas que a documentação da cadeia de custódia é atividade probatória autônoma, decorrente da coleta do vestígio, porém com tramitação específica e cujos vícios não mancham a prova, direta ou automaticamente, de ilicitude ou de ilegitimidade.

Reforça-se que eventual insuficiência de comprovação da cadeia de custódia pode produzir consequências sobre o peso do vestígio, ou seja, sua força probante, a ser devidamente avaliada pelo juízo¹¹, de forma a atribuir um determinado grau de confirmação (probabilidade) sobre a proposição de que o

¹¹ Embora trate sobre a transmutação de prova em indício, o que não é o caso do vício na cadeia de custódia, a atividade de sopesar a força probante do elemento de convicção com irregularidade é comum em nossos Tribunais, servindo como exemplo o Ag.Rg. no *Habeas Corpus* 174.400 DF – “[...] embora a manifestação técnica produzida pelo Instituto de Identificação da Polícia Civil do DF tenha sido subscrita apenas por peritos papiloscopistas, que não são considerados peritos oficiais pelo art. 5º da Lei 12.030/2009, não se trata de prova ilícita, devendo ser mantida no conjunto probatório da causa como elemento indiciário a ser oportunamente avaliado pelo Juiz natural da causa, o Tribunal do Júri [...]”.

vestígio a ele levado se trata do mesmo coletado e devidamente preservado.

Submetido aos princípios da liberdade probatória e do livre convencimento motivado e tendo como finalidade a demonstração da identidade do vestígio e sua conservação, a documentação da cadeia de custódia não respeita a taxatividade, de forma que qualquer meio de prova em direito admitido pode suprir irregularidades documentais¹².

Por fim, ressalte-se que em caso de vestígios infungíveis, caracterizados por traços distintivos que o tornam peculiar, como, por exemplo, uma arma com numeração de série, a prova da cadeia de custódia é irrelevante¹³, tornando aplicável o art. 400, §1º, do Código de Processo Penal. Para essa espécie de vestígio, a identidade é comprovada pelo seu próprio traço distintivo, desde que tenha ocorrido a devida descrição no

¹² Nesse sentido, vale conferência de *Gustavo Badaró*, a Cadeia de Custódia e sua relevância para a prova penal, in *Temas Atuais da Investigação Preliminar no Processo Penal* – SIDI, Ricardo/ LOPES, Anderson Bezerra [Orgs] – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. Pag. 535. Para referido autor, embora o reconhecimento de “... uma profunda degeneração do livre convencimento...”, nos sistemas da *civil law*, “mesmo com tais riscos, defende-se que as irregularidades da cadeia de custódia não são aptas a causar a ilicitude da prova, devendo o problema ser resolvido, com redobrado cuidado e muito maior esforço justificativo, no momento da valoração”.

¹³ Já que a autenticação do vestígio é incontestável: a arma apreendida, com determinado número de série, tem sua identidade comprovada independentemente da prova da cadeia de custódia.

momento da coleta, enquanto documento suficiente para sua autenticação.

2.2 Do ônus probatório

Ao órgão investigatório cumpre o ônus probatório de primeiro e segundo graus, nos casos em que atuar como executor de todos os passos da cadeia de custódia ou, parcial, quando, p. ex., após apreensão, enviar o vestígio a instituto de criminalística ou a qualquer outro órgão externo.

Nesses casos, é sua incumbência garantir desde a regularidade da coleta do vestígio e sua juntada aos autos (atividade probatória de primeiro grau), até a manutenção da documentação da cadeia de custódia com as indicações de identidade e sua preservação, de forma suficiente a autenticá-la (atividade probatória de segundo grau).

Diferente não poderia ser, já que “(...) nos sistemas em que a investigação criminal está atribuída a órgãos estatais, é função dos agentes estatais, que têm contato com a fonte de prova real, a documentação da cadeia de custódia”¹⁴.

¹⁴ *Gustavo Badaró, a Cadeia de Custódia e sua relevância para a prova penal, in Temais Atuais da Investigação Preliminar no Processo Penal – SIDI,*

Afasta-se, contudo, o ônus de uma espécie de atividade probatória de terceiro grau.

De fato, impor ao Ministério Público ou a órgãos policiais o dever de comprovar que a prova da cadeia de custódia não padece de falsidade ou que qualquer irregularidade não impacta na força probatória da evidência, transformaria o processo penal numa atividade de regresso ao infinito, com deveres probatórios negativos (prova diabólica).

Não por outra razão, sobre a defesa recai o ônus de demonstrar manipulação ou vício da cadeia de custódia, com pontuações específicas e pertinentes, condizentes com o caso concreto, de forma que consiga correlacionar o vício alegado à consequência jurídica-processual pretendida.

Deve-se exigir à defesa que, para se desincumbir de tal ônus, o faça de maneira específica, sob pena de incidência da norma geral (documentos públicos gozam de presunção de veracidade¹⁵), e pertinente, já que a alegação que busca inquinar de ilicitude ou ilegitimidade a prova em razão de vício na documentação de sua arrecadação devem ser, de plano, rechaçadas: como dito, irregularidades na prova da cadeia de

Ricardo/ LOPES, Anderson Bezerra [Orgs] – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 534.

¹⁵ RESP 200401091484, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T, DJ 02/05/2005).

custódia são aferíveis no aspecto da valoração da força probante do vestígio que a demandou.

Diferente não é, também, a distribuição do ônus probatório das alegações de falsidade da prova e falsidade da prova da cadeia de custódia (da prova). A última expressão é propositalmente redundante, pois representa uma atividade probatória de terceiro grau.

O ônus desconstitutivo da prova, por falsidade, cabe a quem alega o vício; da mesma forma e ainda com maior razão, a prova da falsidade de atos inseridos na documentação da cadeia de custódia apenas pode caber à Defesa, já que impor referido ônus ao Ministério Público implicaria exigir triplo ônus probatório, tendente ao regresso ao infinito.

O processo penal, afinal, é inspirado pela razoabilidade e proporcionalidade de atos, além da boa-fé das partes (art. 5º do CPC), não podendo comportar solução iníqua.

Portanto, ao órgão investigador incumbe documentar a cadeia de custódia dos vestígios fungíveis de forma a possibilitar indicações suficientes de identidade e preservação da prova.

Para além desse dever, incumbe à Defesa apresentar indicativos passíveis de desconstituição ou eventual insuficiência de documentação da cadeia de custódia, tendentes

a demonstrar que aquela apresentada nos autos não possibilitou a correta identidade do vestígio ou, ainda, indicar que a prova não foi devidamente preservada e quais as consequências sobre seu valor probatório.

Fora dessas situações, as diligências poderão ser classificadas como irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, comportando manifestação de pronto indeferimento.

3 DA COLETA DOS VESTÍGIOS – ÂMBITO DE APLICABILIDADE DO ART. 158-C DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O conceito de vestígio é trazido pelo art. 158-A, §3º, do Código de Processo Penal, como “[...] todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona a infração penal”.

A análise sistemática do art. 158 c/c art. 158-A, §3º, do CPP, revela que o legislador ampliou referido conceito.

Anteriormente, a expressão era sinônima do resultado da prática da infração penal, vinculado à materialidade delitiva, tendo como consequência a necessidade de realização de exame de corpo de delito (art. 158, *caput*, do CPP).

A conceituação ampliada trazida pela Lei 13.964/19 extrapola a vinculação à materialidade delitiva (art. 158-A, §3º, do CPP), abrangendo quaisquer objetos que contenham elementos de convicção, sobre o elemento subjetivo ou sobre vínculos entre pessoas e demais circunstâncias relevantes para a investigação.

Ainda assim, o art. 158-C preceitua a coleta de vestígio como atividade preferencialmente realizada por perito oficial, não sendo, contudo, razoável exigir a presença de perito oficial em situações em que o investigador se depare com elementos de convicção relacionados à infração penal, mas desvinculadas da materialidade delitiva – a possibilitar, estes sim, a presença da perícia técnica.

A adoção da concepção alargada de vestígio, para o art. 158-C, portanto, representaria situação contrária à própria atividade pericial, muito bem definida no art. 464, §1º, inciso I, do Código de Processo Civil, que se caracteriza pelo seu emprego quando houver necessidade de conhecimento especial técnico. Não por outro motivo, por prescindir de conhecimento específico, nossa jurisprudência reconhece, por exemplo, a desnecessidade de realização de perícia ou análise pericial sobre

situação específica envolvendo delitos ambientais ¹⁶, admitindo-se a supressão da prova pericial por outras fontes.

Conclui-se, pois, que, a coleta de vestígios pode ser feita, sem restrição, por qualquer agente público, devendo ser preferencialmente reservada ao perito oficial quando se trate de vestígio de materialidade delitiva. E mesmo referida preferência se manifesta quando houver a necessidade de conhecimentos técnicos para referida coleta: seja ela médica (morte ou lesão), de engenharia ou arquitetura (acidentes viários, ambientais ou imobiliários) e assim por diante.

Aqui, vale pontuar a correta distinção que se deve ter entre perícia e exame, antes não acolhida pelo art. 420 do revogado diploma processual civil, porém agora claramente adotada no art. 464, §1º, inciso I, do Código de Processo Civil, e que também se aplica ao processo penal, conforme exposto:

¹⁶ “... Resta suficientemente demonstrada a materialidade delitiva com base na notícia de infração penal ambiental, no auto de infração ambiental, no termo de embargo, no levantamento fotográfico, no auto de constatação, bem como nos depoimentos dos policiais militares que evidenciam o corte de árvores nativas do Bioma Mata Atlântica em estágio médio de regeneração, sendo dispensável a elaboração de laudo por perito oficial mormente se os autores provocaram incêndio na floresta para a limpeza do local, comprometendo assim os vestígios deixados pelo delito e impossibilitando ou dificultando a perícia...”. STJ, AgRg no REsp 1601921/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2016, DJe 16/09/2016.

A doutrina portuguesa distingue *perícia* de *exame*. Os exames, esclarece Manuel Lopes Maia Gonçalves, “são meios de obtenção de prova. Incidem sobre pessoas, lugares e coisas e limitam-se à mera observação, no sentido de verificar se existem vestígios que possam ter deixado a prática do crime e todos os indícios relativos ao modo como e ao lugar onde foi praticado, às pessoas que o cometeram ou sobre quais foi cometido. As perícias são meios de prova em que a percepção ou apreciação de fatos recolhidos exigem conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos de especialidade (...)”.¹⁷

A presença de perito para coleta de vestígios ou a necessidade de sua análise sobre elementos coletados só se verifica quando houver de se empregar conhecimentos técnicos-específicos, compreendendo-se, como regra, aqueles que exijam formação científica superior, tais como medicina, engenharia, arquitetura, química¹⁸.

A atividade pericial, eminentemente técnico-científica, não se confunde com análise *lato sensu*, a qual pode ser realizada, no caso do exame do conteúdo das provas ou vestígios genéricos obtidos, como aqueles decorrentes de interceptações

¹⁷ Prova pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro/Luis Fernando de Moraes Manzano - São Paulo: Atlas, 2011, p. 8-9.

¹⁸ “... O fato cuja prova não dependa de conhecimento especial de técnico pode ser comprovado por outras formas que não a prova pericial ...” – STJ, 1ª Turma, REsp 666.889/SC, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25.11.2008, DJe 03/12/2008).

telefônicas ou de documentos ou de conteúdo de equipamentos digitais, por agentes públicos vinculados aos órgãos de investigação, já que dispensam conhecimento técnico-específico.

Não se trata, assim, de atividade pericial a análise de conteúdo dos vestígios, ou seja, a inteligência e a interpretação em cotejo com os demais elementos de prova dos documentos físicos ou digitais decorrentes de extrações de equipamentos eletrônicos, traduzidas em relatórios de análise ou similar¹⁹.

3.1 Dos vestígios digitais

Especial atenção merecem os dispositivos de informática, aparelhos celulares e dados obtidos com provedores de *e-mail* ou *internet*, ou simplesmente os chamados *vestígios digitais*, máxime no tocante à preservação dos dados

¹⁹ “... É prescindível a realização de perícia para a identificação das vozes, assim como não há necessidade que a perícia ou mesmo a degravação da conversa seja realizadas por peritos oficiais. 2. A ausência de assinatura nas mencionadas transcrições trata-se de mera irregularidade formal, que não tem o condão de ensejar a nulidade do referido procedimento, mormente quando corrigida em tempo hábil. (...) 5. Agravo regimental a que se nega provimento - AgRg no AREsp 3.655/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 08/06/2011

armazenados dentro da perspectiva de autenticidade e intangibilidade.

A importância de tais vestígios está na utilização do meio digital como principal mecanismo de comunicação e estabelecimento de relações sociais e, portanto, canal comumente utilizado para cometimento de delitos, não somente *cibernéticos*.

Inserem-se neste campo de vestígios os dispositivos de armazenamento de dados eletrônicos como celulares, computadores, HDs, *pen-drives* e outros. São, como regra, infungíveis, individualizáveis por serial/código de série, IMEI, conta de usuário etc.

Tais objetos são continentes, ou seja, não são a fonte da prova propriamente dita, mas seu recipiente de armazenamento. Nesse sentido, o especial cuidado na coleta, com a descrição correta dos dados individualizadores, e o registro da transferência de posse ou manuseio são elementos relevantes para se criar um prognóstico de integridade do vestígio levado a juízo.

Referidos cuidados são fundamentais para levar ao analista ou perito²⁰ o dispositivo isolado das redes de comunicação em geral, evitando-se adulteração e garantindo-se sua autenticação judicial.

A preocupação com a não adulteração da fonte da prova, se já é um problema que pode ser aventado na coleta de vestígios comuns, assume especial relevo nos vestígios digitais.

Conforme sedimentado, a documentação da cadeia de custódia é uma garantia relativa de autenticidade e integridade do vestígio, assim também se apresentando nos dispositivos que contém dados digitais, como aparelhos celulares ou computadores, os quais podem sofrer apagamento remoto pelo próprio usuário, de forma total ou parcial.

Dois fatores assumem especial importância diante de um cenário de dúvida fundada sobre eventual falsidade da fonte da prova digital: a identificação dos agentes públicos que mantiveram contato com os vestígios e os manipularam para

²⁰ Os vestígios digitais não demandam a análise pericial, necessariamente. A existência de *softwares* responsáveis pela extração dos dados de referidos objetos é de operação comum a agente público treinado para tanto, dispensando conhecimentos técnicos-específicos. O conteúdo extraído pode ser analisado por qualquer pessoal. Até mesmo se afigura possível, por exemplo, a chama análise manual de celulares, em que “os dados podem ser transcritos manualmente ou a tela do aparelho pode ser fotografada...” – *Tratado de Computação Forense*, Jesus Antônio Velho, organizador. Campinas, SP: Millennium Editora, 2016.

análise e extração de dados (possibilitando a correta construção da cadeia de custódia e aferição da integridade do vestígio); e a utilização das ferramentas forenses disponíveis²¹ para a extração de dados, cuja integridade de conteúdo decorre não só de itens específicos²², mas principalmente do conjunto do acervo produzido.

Tal cenário, somado à regularidade da documentação da cadeia de custódia, a boa-fé dos agentes públicos envolvidos e os princípios da liberdade probatória e do livre convencimento motivado, deve fornecer ao juízo a possibilidade de atribuir grau de probabilidade positiva e suficiente sobre a autenticidade e integridade da prova.

Aqui também se aplicam as regras de distribuição do ônus tratadas acima e o enunciado de que vícios ou irregularidades na documentação da cadeia de custódia não refletem na licitude ou legitimidade da prova, apenas e, se o caso, em sua força probante.

²¹ Considerando a realidade dos órgãos de investigação e os respectivos limites orçamentários, nem sempre as melhores ferramentas estarão disponíveis para utilização. Por isso, a ferramenta adequada deve ser sempre aquela possível de utilização pelo órgão específico, que ela produzirá o material sobre o qual será debatido a força probatória, em posição de igualdade jurídica das partes.

²² Como por exemplo o *Hash* ou, ainda, metadados específicos e vinculados a cada arquivo, o quais podem trazer uma “cadeia de custódia” de cada arquivo, seu criado, momentos de alteração e outras informações relevantes.

A lei não tratou, por outro lado, dos vestígios coletados de forma remota (dados estáticos a partir de contas de e-mail, nuvens e celulares em rede), os quais, como se sabe, são apresentados ao investigador ou ao Juízo pelas próprias empresas de tecnologia (provedoras) ou pelas operadoras de telefonia.

Inexiste, nesses cenários, a apreensão propriamente dita, a ação física de vasculhar imóvel, localizar o vestígio/dispositivo, identificá-lo e assim por diante – atos esses tutelados pela norma.

E não havendo correlação com a norma em análise, não se pode exigir do órgão investigador qualquer outra prova que não aquela comumente exigida para produção de qualquer informação documental: expedição de ofício de requisição (administrativo ou judicial) e devido registro das mensagens ou missivas de envio e recebimento dos dados pela empresa provedora ou operadora.

Para além, a preservação dos arquivos enviados em sua forma original é o suficiente para a garantia de sua autenticidade.

4 DA IRRETROATIVIDADE DOS ARTS. 158-A A 158-E, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

As novas disposições dos arts. 158-A a 158-E do Código de Processo Penal são evidentes normas de caráter processual e, por isso, a elas se aplicam as disposições do art. 2º do Código de Processo Penal (*tempus regit actum*).

Tratando-se a cadeia de custódia de processo histórico, de uma sequência de atos interligados (elos), e, sua documentação, o retrato desse processo, não se pode admitir a exigência do sistema atualmente previsto para evidências coletadas antes de sua vigência.

Diante do comando do art. 2º do Código de Processo Penal, não há margem para interpretação diversa: o vetor de aplicabilidade da nova legislação são as etapas previstas no art. 158-B do Código de Processo Penal, os quais devem se aplicar e se exigir da coleta de vestígios ocorridos após a entrada em vigor da Lei 13.964/19.

Embora composta de fases, a prova da cadeia de custódia só se perfaz com o todo.

Para situações praticadas anteriormente à vigência da norma não há de se invocar irregularidade embasada na normativa atual.

5 CONCLUSÃO

A prova de custódia se insere entre as atividades probatórias no processo penal, constituindo-se de documentação que busca trazer para o processo a íntegra do trâmite de vestígios coletados relacionados à infração penal.

Classificada como “prova da prova” ou meta-prova, a prova da cadeia de custódia é regida pelos elementos que norteiam a produção das provas em geral, máxime a liberdade probatória motivada.

Sua demonstração não deve ser entendida como um fim em si, jamais desligada de seu objetivo último: garantir que o vestígio coletado na cena do crime ou a ele relacionado, seja aquele apresentado em juízo e, portanto, cuja documentação permita ao Juízo, pela reconstrução do elo histórico, atribuir grau suficiente de probabilidade sobre sua autenticidade e integridade.

Em se tratando de vestígio infungível, documentada a coleta, presume-se sua autenticidade.

A falsidade da fonte da prova deve ser resolvida em incidente de falsidade, atribuindo-se o ônus probatório para aquele que realizou a impugnação.

De outro lado, irregularidades ou vícios na documentação da cadeia de custódia não refletem na licitude ou legitimidade de sua coleta, devendo a questão ser solucionada na sua valoração (em cotejo com as demais provas apresentadas), em juízo de livre convencimento motivado.

Aos órgãos de investigação incumbe o ônus da documentação suficiente, de forma a gerar um juízo inicial de autenticidade e intangibilidade do vestígio.

Não é imputável aos órgãos investigatórios o ônus probatório de terceiro grau, ou o dever de comprovar a “prova da prova”.

À defesa incumbe a alegação de irregularidade na documentação indicando a correlação entre o defeito e o impacto causado sobre a força probatória do vestígio.

Na coleta de vestígios, a presença de perito é apenas preferencial, tendo cabimento referida precedência apenas nos casos em que a coleta e a manipulação do vestígio exijam

conhecimento técnico-específico, cuja ausência não provoca nulidade, por si só. Do mesmo modo, a análise de vestígios que não demanda conhecimento técnico-específico dispensa a realização por perito, não se confundindo perícia técnica com análise de conteúdo.

Por fim, as disposições dos arts. 158-A a 158-E do CPP não se aplicam a vestígios digitais coletados de forma remota e somente se aplicam às fases da cadeia de custódia realizadas após a vigência da Lei 13.964/19.