



REPERCUSSÕES DA DEFASAGEM LEGISLATIVA A RESPEITO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO SISTEMA DE PERSECUÇÃO PENAL

Isadora Rocha Massini

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogada.

Resumo – a recente Lei n. 13.964/2019 alterou os arts. 158-A a 158-F do Código de Processo Penal Brasileiro para regulamentar o procedimento da cadeia de custódia da prova, mas deixou diversas lacunas legais a respeito do tema. Nesse sentido, surgiram relevantes controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais quanto à forma mais adequada de aplicação do instituto, dada a sua íntima relação com o devido processo legal. No presente trabalho, visa-se à análise desses posicionamentos divergentes e das questões até então apresentadas aos operadores do direito, com a finalidade precípua de sustentar a harmonia de todo o conjunto normativo em vigor. Para tanto, defende-se a compatibilização da preservação da cadeia de custódia da prova processual penal com o restante do ordenamento, de maneira a não se permitir que a nova normatização – ou a ausência desta – ofenda os fundamentos legais e constitucionais do Direito Processual Penal.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Provas. Cadeia de Custódia da Prova.

Sumário – Introdução. 1. A controvérsia dogmática a respeito da consequência processual da quebra da cadeia de custódia da prova penal: ilicitude ou valoração casuística pelo magistrado? 2. Análise jurisprudencial acerca do tratamento da prova penal após o reconhecimento do rompimento da cadeia de custódia. 3. Nova problemática trazida pelas provas digitais à preservação da cadeia custódia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute as repercussões da defasagem legislativa a respeito da cadeia de custódia da prova no sistema de persecução penal. Procura-se demonstrar que, apesar da desejada tutela da higidez do tratamento e manuseio das evidências e provas coletadas, de modo a garantir que estejam aptas a dar suporte à investigação ou embasar o convencimento do julgador, tal tema não foi satisfatoriamente tratado no nosso Código de Processo Penal, implicando no surgimento de diferentes interpretações possíveis para as lacunas legislativas, bem como na diversidade de soluções para os casos concretos.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da temática, a fim de discutir se as soluções até hoje encontradas estão em consonância com os princípios do nosso ordenamento jurídico.

É imprescindível se reconhecer que o tema *provas* representa um campo muito sensível ao



processo penal, visto que constituem o meio através do qual se faz a reconstituição histórica de um fato cuja verdade absoluta nunca será alcançada, pois é intangível à ciência humana. Assim, a prova pretende guiar os magistrados ao delicado juízo da probabilidade, que deverá ou não ser capaz de afastar a dúvida razoável e o permitirá proferir uma sentença condenatória ou absolutória.

Dessa forma, o controle sobre a produção de uma prova, desde sua origem até o momento em que é juntada aos autos e submetida ao contraditório, é de especial relevância para as partes integrantes de um processo penal e para a sociedade como um todo. Uma pequena interferência no trabalho de obtenção das fontes de prova e no seu tratamento pode ser capaz de macular sua validade. Ademais, a acusação criminal, por colocar em jogo valores tão caros aos indivíduos, como a liberdade, bem como por carregar um pesado estigma social, não pode estar embasada em indícios incertos ou juridicamente inseguros.

Nesse contexto, dentro das alterações trazidas pelo Pacote Anticrime (lei nº. 13.964/2019) ao Código de Processo Penal, foram inseridos, entre os artigos 158-A e 158-F, os dispositivos que visam regulamentar a preservação da cadeia de custódia da prova processual penal, definida por este diploma legal 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 reconhecimento até o descarte” (Código de Processo Penal, art. 158-A, *caput*).

Entretanto, o tema não foi plenamente disciplinado pela legislação federal, deixando algumas lacunas legislativas perigosas que têm dado causa a debates doutrinários a respeito do assunto, bem como a repercussões jurisprudenciais inovadoras.

Assim, a ausência de tratamento legal e consenso no meio científico e acadêmico a respeito da preservação da cadeia de custódia penal pode nos levar a situações perigosas e a convivência com o desrespeito a direitos fundamentais. Pretende-se, diante desse cenário, discutir o dever de proteção da prova no âmbito do processo penal ante a tímida tutela do instituto pelo Código de Processo Penal.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho discutindo os problemas presentes e futuros que podem ser causados pela defasagem legislativa a respeito da cadeia de custódia da prova processual penal e até que ponto se pode dizer que as práticas adotadas pelos responsáveis pela investigação criminal caracterizam violação dos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da paridade de armas.

Segue-se, no segundo capítulo, analisando como a jurisprudência vem interpretando a quebra da cadeia de custódia da prova penal e ponderando como poderá o judiciário lidar com a carência legislativa e garantir e tutelar a preservação da cadeia de custódia de modo equitativo entre a acusação e a defesa.

O terceiro capítulo abrange as dificuldades trazidas ao processo penal pelas provas digitais e como podem ser interpretadas as escassas regras presentes no Código de Processo Penal para garantir a tutela almejada no que se refere a preservação da cadeia de custódia. Procura-se refletir sobre a necessidade de implementação de inovações legislativas para a criação de dispositivos específicos sobre os vestígios provenientes de dispositivos eletrônicos.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina, jurisprudência), para sustentar a sua tese.

1. A CONTROVÉRSIA DOGMÁTICA A RESPEITO DA CONSEQUÊNCIA PROCESSUAL DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PENAL

Com o advento da Lei n. 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, o Código de Processo Penal brasileiro sofreu modificações substanciais. Dentre elas, encontra-se a inclusão dos artigos 158-A a 158-F, responsáveis por disciplinar a chamada cadeia de custódia da prova, conceituada por esse diploma legal 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 reconhecimento até o descarte.”¹

Em outros termos, pode-se entender a cadeia de custódia como um sistema de sucessão de elos que dizem respeito a vestígios e que devem ser identificados e provados, individualmente, para

¹ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2022.



proporcionar a viabilidade do desenvolvimento do elo seguinte, e assim assegurar a integridade da evidência².

Para alcançar a efetividade do novo instituto no sistema de persecução penal brasileiro, a Lei n. 13.964/2019 disciplinou uma série de procedimentos a serem adotados para que se concretize “o desenvolvimento técnico-jurídico da cadeia de custódia”³. Dentre eles, destaca-se: (i) o art. 158-B, que dispõe em seus incisos as etapas para a realização do rastreamento dos vestígios, quais sejam: o reconhecimento, o isolamento, a fixação, a coleta, o acondicionamento, o transporte, o recebimento, o processamento, o armazenamento e o descarte; (ii) o art. 158-C, que determina que a coleta de vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, a quem incumbe os encaminhar para a central de custódia; (iii) o §2º desse último dispositivo, que expressamente proíbe a entrada em locais isolados e a remoção de vestígios de locais de crime antes da liberação do perito responsável; e (iv) o art. 158-D, que descreve as cautelas necessárias ao tratamento dos recipientes em que os vestígios estarão acondicionados⁴.

Se por um lado, para parte significativa dos atuantes na área processual penal, a mudança legislativa que orientou a implementação da cadeia de custódia foi muito aclamada, diante da necessidade constante de se garantir a proteção da prova no sentido do sistema de justiça acusatório, por muitos também foi reconhecida como um regramento consideravelmente lacunoso. A seguir, serão analisados alguns posicionamentos doutrinários a esse respeito.

Janaína Matida⁵ destaca a restrição da redação que conceitua a cadeia de custódia ao determinar que esta se volta para ‘vestígios’, que por sua vez são definidos como “todo objeto material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal” (CPP, art. 158, §3º). A autora afirma que essa definição jurídica estreita, focada em coisas tangíveis, deixa de reconhecer que elementos imateriais (v.g., aqueles provenientes de uma troca de e-mail ou de uma interceptação telefônica, bem como a memória digital ou a memória de uma pessoa) que também apresentam potencial de reconstruir fatos juridicamente relevantes⁶.

² DIAS FILHO, C. R. Cadeia de custódia: do local do crime ao trânsito em julgado; do vestígio a evidência. Doutrinas Essenciais de Processo Penal 3/398, São Paulo, jun. 2012 *apud* EDINGER, Carlos. Cadeia De Custódia, Rastreabilidade Probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, vol. 120, p. 237-257, mai.-jun./2016. p. 242.

³ MATIDA, Janaina. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de inocentes. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 28, n. 331, p. 7, jun. 2020.

⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.



Por sua vez, Daniel Nascimento Duarte⁷ critica o que chamou de “pobreza normativa” da regulamentação do instituto, e salienta que a disciplina legal da cadeia de custódia foi omissa quanto à necessidade de disponibilização da integralidade dos elementos obtidos em investigações criminais e às eventuais consequências oriundas da negativa. Alega Nascimento Duarte que, apesar de já haver manifestações jurisprudenciais a esse respeito, a opção por essa não inclusão pode ser considerada como um aspecto negativo da legislação por impossibilitar o desenvolvimento do procedimento no nosso ordenamento⁸.

Entretanto, possivelmente a maior controvérsia acerca dos dispositivos que trataram da cadeia de custódia da prova depois da vigência da Lei n. 13.964/2019 – e que por essa razão será mais explorada neste trabalho – diz respeito às consequências jurídicas, para o processo penal, da quebra da cadeia de custódia ou do descumprimento formal de uma das exigências feitas pelo legislador no capítulo do Código de Processo Penal intitulado “do exame de corpo de delito, da cadeia de custódia e das perícias em geral”⁹.

Uma primeira posição, defendida por Daltan Dellagnol¹⁰, argumenta que, no Brasil, a cadeia de custódia não deve ser um argumento para afastar uma prova por ilicitude, devendo influenciar apenas em sua valoração pelo magistrado. Segundo o ex-procurador da República:

A comprovação da cadeia de custódia da prova não tem papel protagonista no enredo do processo penal, tanto que a quebra de um de seus elos não acarreta inadmissibilidade da prova no processo, mas interfere no peso a ser-lhe dedicado pelo juiz na formação de seu convencimento.¹¹

Exemplificativamente, para aqueles que possuem tal entendimento, a ausência eventual do lacre retirado anteriormente dentro do novo recipiente não implicará a invalidade do vestígio coletado. Isto pois está se considerando que as recomendações legais pretendem dar maior garantia ao procedimento, mas não é capaz de atingir a integridade do vestígio coletado¹². Nos termos de

⁷ DUARTE, Daniel Nascimento. "Lei Anticrime" e a nociva restrição legal de aplicabilidade da cadeia de custódia da Prova Penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 28, n. 335, p. 26-27, out. 2020.

⁸ *Ibidem*.

⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

¹⁰ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A cadeia de custódia da prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). *A prova do enfrentamento à macrocriminalidade*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 23.

¹¹ *Ibidem*.

¹² FISCHER, Douglas. *A cadeia de custódia das provas na Lei nº. 13.964/2019: as obrigações processuais penais positivas e as nulidades no processo penal*, in: LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime. Comentários à Lei Nº 13.964/19 Artigo por Artigo*, Juspodivm, 2020, p. 257.



Leonardo Barreto Moreira Alves¹³, a irregularidade na cadeia de custódia não conduz à inutilidade da prova colhida, mas reduzirá a sua credibilidade, “passando-se a ser exigido do juiz um reforço justificativo caso entenda ser possível confiar na integridade e na autenticidade da prova e resolva utilizá-la na formação do seu convencimento”.

Em contrapartida, uma segunda corrente doutrinária afirma que o desrespeito aos procedimentos previstos para a concretização da cadeia de custódia deve acarretar consequências a serem examinadas à luz da ilicitude da prova¹⁴. A autora Isabela Menezes aponta que essa perspectiva deve ser adotada “em razão da impossibilidade de se refazer o caminho empregado no meio de investigação que resultou na obtenção da prova, de modo que não seria possível praticar o ato investigativo/probatório novamente”¹⁵. Assim, conclui Menezes que não se trata de buscar a solução pela valoração, mas sim na exclusão material da prova e com todas as suas consequências de não conhecimento pelo magistrado¹⁶. Sob esta perspectiva, o mesmo efeito deve transbordar às provas que derivaram daquela que foi considerada ilícita, em observância a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada¹⁷.

Em que pese a relevância e o mérito considerável dos doutrinadores que defendem a primeira posição apresentada, deve se reconhecer que a segunda interpretação tem como suporte princípios constitucionais e processuais penais que não podem ser ignorados. Dentre eles, cita-se o devido processo legal, o contraditório, a integralidade da prova, a lealdade entre as partes e, principalmente, a vedação das provas ilícitas, como se verá a seguir.

Primeiramente, em casos em que é rompida a cronologia da existência da prova há uma perda completa da sua confiabilidade, desde sua existência ao relativamente aos processos de colheita e manuseio pelas autoridades legais, impedindo que o acusado possa exercer plenamente o seu direito de defesa à luz de toda a principiologia constitucional¹⁸. Pode-se mencionar como exemplo o que ocorre nas interceptações telefônicas, em que a defesa tem dificultado o seu acesso à integralidade da prova na sua forma original, pois recorrentemente ela é lapidada pelas autoridades policiais ou órgãos acusadores de acordo com os seus interesses, e assim são trazidas

¹³ MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto. *Manual de Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 754.

¹⁴ MENEZES, Isabela Aparecida de; BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. *Revista brasileira de direito processual penal*, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 292, 2018.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Teoria segundo a qual o vício de uma prova ilícita se comunica às que foram produzidas em consequência dela.

¹⁸ MENEZES; BORRI; SOARES, *op. cit.*, p. 293.



ao processo¹⁹. Assim, a cadeia de custódia visa garantir que “[...] aquilo que é levado a juízo seja igual ao que foi tratado como vestígio na cena do crime.”²⁰

Ademais, de acordo com Carlos Edinger:

O direito fundamental à prova abrange a possibilidade de se indicar fontes de prova, de se exigir que elas venham ao processo, da mesma forma como foram obtidas, de utilizar os mecanismos de prova, pela metodologia legalmente definida, e de exigir a valoração dos elementos trazidos.²¹

Edinger fala ainda na relação do tema com a ‘defesa efetiva’, que tem como um de seus consectários o direito ao tempo e aos meios necessários para a preparação da defesa técnica²². Isto é, se não se sabe a procedência, quem manuseou e como manuseou²³ a prova, as portas estarão abertas para manipulações e fraudes. Ademais, sem o devido controle, poder-se-ia materializar a situação teratológica de termos a alteração ou descarte indevido de um material probatório que continha prova de defesa capaz de conduzir a absolvição²⁴.

Alguns doutrinadores relacionam a preservação da cadeia de custódia ao princípio da “Desconfiança”, isto é, a “exigência de que a prova (documentos, DNA, áudios etc.) deva ser “acreditada”, submetida a um procedimento que demonstre que tais objetos correspondem ao que a parte alega ser”²⁵. Nestes termos, o que se pretende é demonstrar que nem todo elemento colhido na fase de investigação poderá ser usado como prova, senão somente aquilo que foi “valorado desde sua coleta até a sua produção em juízo para ter valor probatório”²⁶.

Assim, o risco que se corre ao tentar valorar uma prova que teve rompida a cadeia de custódia toca no ponto sensível do aproveitamento das provas ilícitas e demais violações a princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico. A cadeia de custódia é a garantia da confiabilidade da prova e da paridade de armas no âmbito do processo penal, pois possibilita que a defesa possa exercer o mais efetivo contraditório. Bem aponta Lopes Jr.²⁷ que “a luta pela qualidade da decisão judicial passa pela melhor prova possível”, o que se relaciona, no âmbito da cadeia de custódia, com outro ensinamento do mesmo autor, segundo o qual “a forma é garantia e

¹⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, [e-book].

²⁰ EDINGER, *op.cit.*, p. 243.

²¹ *Ibidem*, p. 244.

²² *Ibidem*, p. 245.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*, p. 252.

²⁵ LOPES JUNIOR, *op. cit.*

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.



limite de poder”²⁸.

2. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DO TRATAMENTO DA PROVA APÓS O RECONHECIMENTO DO ROMPIMENTO DA CADEIA DE CUSTÓDIA

Antes mesmo da entrada em vigor do Pacote Anticrime, evento datado em 23 de janeiro de 2020, os Tribunais brasileiros já analisavam a quebra da cadeia de custódia da prova e seus efeitos processuais. Entretanto, desde a vigência da Lei n. 13.964/2019²⁹, a jurisprudência vem apresentando um reflexo semelhante ao cenário científico quando se trata da perda de idoneidade do caminho percorrido pela prova até sua análise em juízo e suas consequências, de modo que é possível encontrar decisões que pendulam tanto à posição segundo a qual o não cumprimento dos procedimentos previstos para a concretização da cadeia de custódia deve acarretar a ilicitude da prova, quanto àquela que afirma que a quebra de cadeia de custódia interferirá tão somente na valoração dessa prova pelo julgador.

Em 18/02/2014, antes da promulgação do Pacote Anticrime, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça³⁰ analisou determinado caso no qual, na situação fática, apesar de ter sido concedido à defesa o acesso aos autos, parte das provas obtidas a partir da interceptação telemática foi extraviada, ainda na Polícia, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, com omissão de alguns áudios.

Apesar de à época ainda não estarem presentes no CPP³¹ os artigos 158-X ao 158-Y (referência no rodapé), a decisão proferida já tratou da cadeia de custódia da prova como tal. No julgamento, a prova questionada foi considerada ilícita pela perda de sua unidade, isto é, pela quebra da cadeia de custódia, “caracterizando cerceamento do direito de defesa”³². No voto da relatora Min. Assusete Magalhães, acolhido em unanimidade, a magistrada reconheceu que o

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm>. Acesso em: 16 mar. 2023.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 160.662/RJ. Rel. Min. Assusete Magalhães. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/864482320/inteiro-teor-864482321>>. Acesso em 16 mar. 2023.

³¹ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 16 mar. 2023.

³² *Ibidem*.



Estado tinha o dever de conservar à inteireza a prova essencial³³. Ressalta-se que, neste caso concreto, a prova questionada não era a única produzida, mas fora considerada uma prova relevante. Destaca-se os tópicos XI e XII da referida decisão³⁴ que esclarecem bem a interpretação dada aos fatos:

XI. A prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade de efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova.

XII. Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório – constitucionalmente garantidos –, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas.

Semelhante interpretação foi dada também pela 6ª Turma da Corte Especial³⁵ no caso em que interceptação telefônica produzida na vara criminal comum foi juntada aos autos de processo penal militar como prova emprestada, mas o juiz da vara criminal não remeteu à Justiça Militar a integralidade dos áudios, mas apenas os trechos em que se entendia a participação do acusado militar. Ao proferir a decisão a Turma reconheceu que esse procedimento configurou quebra da cadeia de custódia da prova.

Curiosamente, posteriormente a 6ª Turma³⁶ do STJ, em importante decisão exarada em 23/11/2021 e publicada no informativo de jurisprudência nº 720, afirmou categoricamente que “as irregularidades constantes da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de aferir se a prova é confiável”.

O que parece ser, em princípio, é uma mudança de entendimento da 6ª Turma do STJ pela adoção da tese segundo a qual a quebra da cadeia de custódia não leva, obrigatoriamente à ilicitude ou à ilegitimidade da prova. Não obstante, é necessário ter certa cautela para se afirmar que é esse o entendimento do STJ, tendo em vista que a Seção Terceira do Tribunal da Cidadania, que tem competência para julgamentos de Direito Penal, é composta também pela 5ª Turma, que apresenta

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.795.341-RS*. Rel. Min. Nefi Cordeiro. Disponível em <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22REsp%22+com+%221795341%22>>. Acesso em 16 mar. 2023.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 653.515-RJ*, Rel. Min. Laurita Vaz, Rel. Ac. Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22HC%22+com+%22653515%22>>. Acesso em 16 mar. 2023.



suas próprias particularidades de julgamento, como será analisado a seguir.

Em esclarecedora decisão proferida em 05/02/2019, a 5ª turma da Corte Especial³⁷, após reconhecer que o rompimento dos procedimentos de custódia da prova representa violação ao direito dos acusados ao devido processo legal e seus consectários, como a ampla defesa, o contraditório e, em especial, o direito à prova lícita, afirma que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade. Inegavelmente, a presença da expressão “*pode*” traz uma certa instabilidade na interpretação do julgado. Apesar de se aproximar da posição favorável a consideração pela ilicitude, não é um pronunciamento sólido. Porém, tal manifestação não perde em relevância, pois foi utilizada para fundamentar posteriores decisões da mesma Turma.

Em manifestações mais recentes, a 5ª Turma do STJ³⁸ entendeu que a mera alegação de quebra da cadeia de custódia não é suficiente para se reconhecer a nulidade da prova, ainda que absoluta, se a defesa também não provar a ocorrência do devido prejuízo que seria capaz de conduzir à absolvição. Trata-se de aplicação do princípio *pas de nullité sans grief*, proveniente da teoria das nulidades, segundo o qual "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa" (art. 563 do CPP)³⁹.

O Supremo Tribunal Federal⁴⁰, por sua vez, proferiu marcante decisão em que reconhece a importância da proteção da cadeia de custódia da prova como forma de assegurar a fidedignidade das investigações. O relator dessa ação, Min. Gilmar Mendes, reconheceu que no caso foi gerada uma situação de dúvida sobre a confiabilidade dos dados apresentados pela autoridade investigatória, tendo em vista que os arquivos em questão eram editáveis. Para o ministro, cada uma das etapas do procedimento probatório deve ser preservada para assegurar a integridade do procedimento probatório, pois “o exercício do poder punitivo estatal pressupõe a existência de uma condenação proferida após o transcurso de um processo penal com o devido respeito aos direitos e às garantias fundamentais”. Segundo o relator, tais medidas são necessárias para se assegurar a

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n. 77.836/PA*. Rel. Min. Ribeiro Dantas, Rel. Acd. Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201602865444>. Acesso em 16 mar. 2023.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no RHC n. 168.788/SP*. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202202377420>. Acesso em 16 mar. 2023.

³⁹ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 16 mar. 2023.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 32.722/DF*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5601131>>. Acesso em 16 mar. 2023.

legitimidade da persecução penal e a confiança nos atos estatais. Posteriormente, o STF reiterou esse entendimento no julgamento da Reclamação n. 33.543⁴¹.

Portanto, o que se vê é uma manifestação incipiente e ainda não consolidada entre os Tribunais Superiores. Afinal, o instituto da cadeia de custódia é recente e a doutrina e a jurisprudência passam por um processo de experimentação de seu funcionamento e aplicação.

Apesar disso, não é cedo para que se tenha atenção a um possível esvaziamento do sentido dos dispositivos legais que disciplinam a cadeia de custódia e da vontade legislativa e constitucional ao disciplinarem uma série de cuidados a serem tomados com os vestígios e as provas penais. A cautela se justifica pelo risco de se desenvolver uma interpretação mais favorável à acusação e que viole os princípios da paridade de armas e do *in dubio pro reo*.

3. A PROBLEMÁTICA TRAZIDA PELAS PROVAS DIGITAIS À PRESERVAÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA

As inovações tecnológicas têm suscitado desafios para o mundo inteiro, e o âmbito jurídico não ficou aquém disso. Especialmente no âmbito do Processo Penal, a inteligência artificial provoca questões bastante relevantes quando observadas pela ótica do devido processo legal⁴². O emprego cada vez mais frequente de técnicas especiais de investigação e as provas digitais têm se refletido diretamente na base empírica que sustenta as acusações penais⁴³ e incrementam riscos de toda ordem, trazendo um aprofundamento necessário ao debate da cadeia de custódia.

As modalidades tecnológicas inovadoras, nos termos de Geraldo Prado⁴⁴, “subvertem as nossas expectativas e instabilizam nossos quadros mentais, que se tornam carentes de segurança”. Pode-se dizer que o emprego de métodos ocultos e de técnicas especiais de investigação que utilizam suporte digital ou eletrônico reclamam adequada compreensão quanto ao cabimento – forma e conteúdo – da cadeia de custódia das provas nesse cenário⁴⁵.

Se por um viés, quando é tratado o acesso a dados arquivados em dispositivos digitais, deve

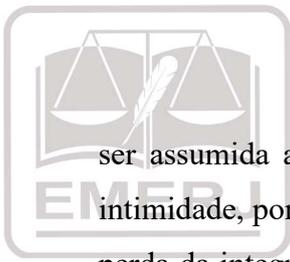
⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag.Reg. nos Emb.Decl. no Ag.Reg. no Ag.Reg. na Rcl n. 33.543/PR*. Relator: Edson Fachin. Relator para o acórdão: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5641875>>. Acesso em 16 mar. 2023.

⁴² PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021. p.173.

⁴³ *Ibidem*, p. 201.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 186.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 179.



ser assumida a ameaça que podem representar aos direitos fundamentais da privacidade e da intimidade, por outro, as provas eletrônicas carregam consigo os graves riscos de manipulação ou perda da integridade dos elementos probatórios, com prejuízo a sua autenticidade⁴⁶. Um simples descuido é capaz de causar modificações ou perdas de difícil identificação na fonte probatória que certamente a comprometerão⁴⁷.

Portanto, se as normas de aplicação da cadeia de custódia da prova apresentadas pelo CPP brasileiro já não são tão esclarecedoras, o cenário se complica ainda mais quando é observado o contexto das provas digitais. Considerando a complexidade destas e dos casos que as envolvem, a “Lei Anticrime” foi ainda mais conservadora ao disciplinar o instituto⁴⁸. O foco dado a instrumentais clássicos de cunho geográfico, naturalístico e material, desconsiderando todas as inovações tecnológicas contemporâneas, retratam o atraso da legislação processual penal brasileira⁴⁹.

A própria estrutura das provas digitais – imaterialidade e dificuldade de registros e documentações cronológicas – indica a dificuldade para se preservar a integridade do elemento probatório digital e de verificar a sua autenticidade, bem como aponta o cuidado excepcional que se deve ter pelos riscos reais de manipulação e alteração dos dados⁵⁰. Os dispositivos digitais e informáticos, por exemplo, devem estar íntegros para se garantir a credibilidade das informações posteriormente extraída desses dispositivos⁵¹.

Prado⁵² usa como exemplo a apreensão de um dispositivo de telefone móvel digital por uma autoridade policial, que se mantido ligado ao invés de selado, e dele não se produz uma imagem forense por meio da obtenção de um único arquivo que possua a totalidade da informação contida no dispositivo apreendido, pode ser facilmente manipulado. Com isso surge a possibilidade de inserções, modificações e exclusão de arquivos e dados de modo irrecuperável. Diante desta hipótese Prado⁵³ indaga “como se pode assegurar em um mundo virtual que os agentes estatais não

⁴⁶ *Ibidem*, p. 192.

⁴⁷ MENDES, Carlos Hélder C. Furtado. Dado informático como fonte de prova penal confiável(?): apontamentos procedimentais sobre a cadeia de custódia digital. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 161. ano 27. p. 131-161. São Paulo: ed. RT, novembro 2019. p. 147.

⁴⁸ DUARTE, Daniel Nascimento. “Lei Anticrime” e a nociva restrição legal de aplicabilidade da cadeia de custódia da Prova Penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 28, n. 335, p. 25-28, out. 2020.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ PRADO, *op. cit.*, p. 194.

⁵¹ *Ibidem*, p. 193.

⁵² *Ibidem*, p. 195.

⁵³ *Ibidem*.



introduziram informações em um disco rígido apreendido?”. Essa é apenas uma situação para a qual a legislação ainda não dá uma solução clara.

A contaminação da fonte probatória eletrônica pode se dar de duas maneiras distintas. A primeira seria um contato físico inapropriado ao dispositivo informático. A segunda decorre do contágio digital que poderia incorrer na alteração do dado⁵⁴. Portanto, no caso dos dispositivos digitais, operam-se duas cadeias de custódia independentes: a física, dos dispositivos; e a digital, voltada a seu conteúdo⁵⁵. Com isso, a título de exemplo, Prado⁵⁶ aponta que, “[...]A apreensão de computadores, por si só não garante integridade da informação e autenticidade da fonte de prova, estas sujeitas a adoção de métodos que consideram algoritmos criptografados destinados a reter e preservar dados.”

Alguns dos cuidados necessários com a impressão digital da fonte de prova que vêm sendo aplicados por tribunais e partes processuais foram apontados por Carlos Mendes⁵⁷, dentre eles o conhecimento do código *hash*⁵⁸ dos arquivos digitais, a localização da fonte de prova, a assinatura eletrônica de cada objeto, o local certo onde ocorreu a análise do material probatório, o momento de acesso à prova e a identificação daqueles que mantiveram contato com o material recolhido.

Para alguns autores, entretanto, é fundamental a exigência de lei proporcional que estabeleça diretrizes e possibilite o cumprimento de medidas que garantam a fiabilidade do procedimento probatório de recolha das fontes de prova e a observância da imodificabilidade do material probatório digital. É uma garantia de que não será valorada uma prova distinta daquela coletada, ou seja, uma garantia capaz de evitar possíveis contaminações, alterações, manipulações, substituições, destruições, ou trocas entres fontes probatórias⁵⁹.

Uma sugestão de modelo de procedimento para atestar a confiabilidade da cadeia de custódia da prova digital, segundo Mendes, deve conter etapas de recolha, autenticação, exame, a análise e o relatório. Em suma, trata-se de um procedimento que se inicia com a identificação e a coleta do dispositivo informático por sujeitos capacitados, seguido pela identificação dos dados de maior relevância e o rastreamento das fontes de prova e das circunstâncias da recolha da prova com o registro cronológico das análises e, por fim, o relatório da análise probatória em linguagem

⁵⁴ MENDES, *op. cit.*, p. 148.

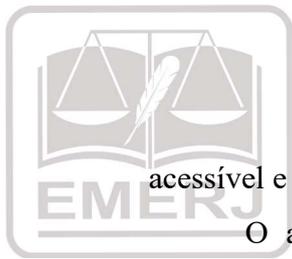
⁵⁵ PRADO, *op. cit.*, p. 195.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ MENDES, *op. cit.*, p. 148.

⁵⁸ Algoritmo utilizado para garantir a integridade de um documento eletrônico.

⁵⁹ MENDES, *op. cit.*, p. 152.



acessível e com descrição elaborada⁶⁰.

O autor Lorenzo Parodi⁶¹, por outro lado, entende que uma lei, por sua rigidez e mutabilidade macilenta, talvez não fosse o melhor para tratar de cadeia de custódia de provas digitais, que deve acompanhar o avanço da tecnologia, que por sua vez é muito dinâmico e acelerado. A proposta inovadora trazida por este autor é o uso da norma ABNT/ISO 27037⁶², que descreve e define as "Diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital".

Há também uma possibilidade de hermenêutica apresentada por Nascimento⁶³ a partir da noção conceitual de vestígio apresentada pelo art. 158-A, §3º do CPP⁶⁴. Explica este autor que a partir daí, os vestígios eletrônicos se enquadrariam como vestígio latente ou constatado. Latente, pois não raras vezes não são visíveis, e constatado, pois a constatação tende a ser uma conclusão jurídica que não está necessariamente relacionada a uma experiência de toque.

Entre tantas linhas teóricas, o que não pode ocorrer, como Nascimento⁶⁵ aponta corretamente, é que uma previsão conceitual da cadeia de custódia da prova, como trazido pela "Lei Anticrime", restrinja a aplicabilidade do instituto, impossibilitando o enquadramento nas hipóteses de elementos que por sua natureza não se enquadrem nos procedimentos traçados na nova legislação. Diante disso, a ideia é que os dispositivos presentes nos atuais artigos 158-A ao art. 158-F sirvam como diretrizes para o instituto, mas que não sejam taxativos a ponto de impedir a concretização dos princípios que regem a produção de provas, sejam material-naturalístico ou imaterial-digital⁶⁶.

CONCLUSÃO

Por tudo o que se expôs, o trabalho apresentado objetivou demonstrar como a tímida normatização a respeito da preservação da cadeia de custódia da prova tem interferido tanto na

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ PARODI, Lorenzo. *A cadeia de custódia da prova digital à luz da Lei 13.964*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-18/lorenzo-parodi-cadeia-custodia-prova-digital>. Acesso em 16 mar. 2023.

⁶² Em vigor no Brasil desde janeiro de 2014, tal norma foi redigida pela ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas, órgão responsável pela normalização técnica no Brasil) com base na equivalente norma internacional elaborada pelo ISO (*International Organization for Standardization*).

⁶³ DUARTE, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

prática quanto no âmbito acadêmico do sistema processual penal. Buscou-se, a partir dos apontamentos da doutrina e da jurisprudência, evidenciar que o tema não é unânime e que provoca significativas discussões.

Para além disso, objetivou-se também dar especial atenção às questões atinentes à prova digital. A agilidade das mudanças tecnológicas exige um aprimoramento constante das técnicas empregadas na aquisição e na conservação das provas penais eletrônicas, o que nos faz indagar até que ponto os procedimentos originalmente destinados à aquisição de provas físicas, quando se tiver como objeto a investigação, servem às provas penais em formato digital.

A relevância da pesquisa é evidenciada nos direitos que toca. De um lado, a necessidade de produção da prova para atender aos fins da investigação criminal. Noutra beira, o sujeito suspeito do cometimento de um ilícito penal e o seu direito de ser investigado através de um procedimento probo e que não afronte suas garantias.

Da conjunção das fontes de conhecimento apresentadas, observa-se que o tratamento dispensado à temática visa proteger o sistema de uma produção de provas ilícitas e violadoras de direitos fundamentais.

Como visto, a jurisprudência relacionada a esta questão ainda não é uniforme. Neste cenário, cabe aos operadores do direito se atentar em evitar que se privilegie a manutenção de uma prova eivada de vícios em detrimento dos direitos do sujeito investigado e de terceiros alheios à investigação, o que não se justifica.

Com isso, a pesquisa possibilitou perquirir a abrangência das fragilidades que permeiam o atual contorno dado pela legislação brasileira à cadeia de custódia da prova penal. A insuficiência normativa coloca os juristas em um lugar de instabilidade e, ao mesmo tempo, na posição de questionadores. Por isso, a proposta desse trabalho de verificar as fissuras do sistema pretende instigar a produção da melhor solução para todas as questões apresentadas.

Conclui-se, assim, que será necessário que sejam definidos pelo ordenamento jurídico quais as diretrizes a serem seguidas e os limites a serem impostos aos agentes investigadores quanto ao manuseio da prova – material ou digital – para que se tenha um sistema de persecução penal legítimo. A investigação penal não pode, jamais, estar dissonante do devido processo legal e dos demais princípios legais e constitucionais.

REFERÊNCIAS



BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 16 mar. 2023.

_____. *Lei n. 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 16 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no RHC n. 168.788/SP*. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202202377420. Acesso em: 16 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 160.662/RJ*. Rel. Min. Assusete Magalhães. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/864482320/inteiro-teor-864482321>. Acesso em: 16 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 653.515-RJ*, Rel. Min. Laurita Vaz, Rel. Acd. Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22HC%22+com+%22653515%22> >. Acesso em: 16 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.795.341-RS*. Rel. Min. Nefi Cordeiro. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22REsp%22+com+%221795341%22> >. Acesso em: 16 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n. 77.836/PA*. Rel. Min. Ribeiro Dantas, Rel. Acd. Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201602865444 >. Acesso em: 16 mar. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 32.722/DF*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5601131> >. Acesso em: 16 mar. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag.Reg. nos Emb.Decl. no Ag.Reg. no Ag.Reg. na Rcl n. 33.543/PR*. Relator: Edson Fachin. Relator para o acórdão: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5641875> >. Acesso em: 16 mar. 2023.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. *A cadeia de custódia da prova*. In: *A prova do enfrentamento à macrocriminalidade*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DUARTE, Daniel Nascimento. "Lei Anticrime" e a nociva restrição legal de aplicabilidade da cadeia de custódia da Prova Penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 28, n. 335, p. 26-27, out. 2020.



EDINGER, Carlos. Cadeia De Custódia, Rastreabilidade Probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 120, p. 237-257, mai.-jun./2016.

FISCHER, Douglas. A cadeia de custódia das provas na Lei nº. 13.964/2019: as obrigações processuais penais positivas e as nulidades no processo penal, *in*: LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime. Comentários à Lei Nº 13.964/19 Artigo por Artigo*, Juspodivm, 2020. Disponível em

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/5a0b8489ce264d4ff8dac4ce46ff8a0?categoria=12&palavra-chave=cadeia+de+cust%C3%B3dia&criterio-pesquisa=e&forma-exibicao=todos&ordenacao=data-julgado>>. Acesso em: 16 mar. 2023.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MATIDA, Janaina. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de inocentes. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 28, n. 331, p. 7, jun. 2020.

MENDES, Carlos Hélder C. Furtado. Dado informático como fonte de prova penal confiável(?): apontamentos procedimentais sobre a cadeia de custódia digital. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 161. ano 27. p. 131-161. São Paulo: ed. RT, novembro 2019.

MENEZES, Isabela Aparecida de; BORRI, Luiz Antonio; JUNIOR SOARES, Rafael. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. *Revista brasileira de direito processual penal*, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 292, 2018.

MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto. *Manual de Processo Penal*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/749b3dec12dee44c9594af615a9de86b?categoria=12&palavra-chave=cadeia+de+cust%C3%B3dia&criterio-pesquisa=e&forma-exibicao=todos&ordenacao=data-julgado>>. Acesso em: 16 mar. 2023.

PARODI, Lorenzo. *A cadeia de custódia da prova digital à luz da Lei 13.964*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-18/lorenzo-parodi-cadeia-custodia-prova-digital>>. Acesso em: 16 mar. 2023.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.