

QUESTÕES CONTROVERTIDAS SOBRE A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

CONTROVERSIAL ISSUES ABOUT THE CHAIN OF CUSTODY OF EVIDENCE IN BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE

Nayara Karoline Alves Fernandes ^{1*}

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é apontar breves reflexões acerca de alguns aspectos que se tornaram controversos, no âmbito da doutrina e da jurisprudência, após a promulgação da Lei nº 13.964, de 2019 (Pacote Anticrime), que inseriu, no bojo do Título VII do Código de Processo Penal, as disposições legais atinentes à denominada cadeia de custódia da prova. Para tanto, serão apresentadas algumas decisões que foram proferidas por ocasião da análise de impugnações sobre a integridade e a autenticidade dos elementos de prova produzidos no processo, além de expor eventuais entendimentos doutrinários a respeito. Com isso, espera-se que o leitor avalie o conteúdo e pondere os argumentos de cada vertente para participar da gradativa evolução da discussão de alguns temas decorrentes da inovação legislativa mencionada, até que os entendimentos se consolidem ao longo do tempo.

Palavras-chave: Cadeia de custódia; Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime); Prova no processo penal; Jurisprudência e doutrina; Controvérsias.

ABSTRACT

The aim of this work is to provide brief reflections on some aspects that have become

^{1*} Pós-Graduada em Jurisdição Penal e Criminologia Contemporânea pela Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - EJEJF (2025). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros/MG - UNIMONTES (2010). Servidora pública da 2ª instância do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais em exercício do cargo de assessora de Desembargador. E-mail: nayara.fernandes@tjmg.jus.br ou nnnayara@yahoo.com.br

controversial within doctrine and jurisprudence following the enactment of Law No. 13,964 of 2019 (Anti-Crime Package), which inserted, within Title VII of the Criminal Procedure Code, the legal provisions related to the so-called chain of custody of evidence. To this end, some decisions issued during the analysis of challenges regarding the integrity and authenticity of evidence produced in the process will be presented, along with potential doctrinal interpretations on the matter. It is hoped that the reader will evaluate the content and consider the arguments from each perspective to participate in the gradual evolution of the discussion on some issues arising from the legislative innovation mentioned, until these interpretations are consolidated over time.

Keywords: Chain of custody; Anti-Crime Package; Evidence in criminal proceedings; Jurisprudence and doctrine; Controversies.

1 INTRODUÇÃO

A inserção da teoria da cadeia de custódia da prova no Código de Processo Penal revela importante inovação trazida pela Lei nº 13.964, de 2019 (Pacote Anticrime), porquanto significa uma grande evolução para a garantia de credibilidade da prova, da qual decorre a própria legitimidade da sentença penal nela fundamentada, sobretudo a de natureza condenatória, diante da qualidade epistêmica da prova em que ela estará ancorada.

De fato, a prova, enquanto meio de reconstrução histórica dos fatos objeto de apuração, deve ser capaz de revelar, com o máximo de precisão possível, os eventos tais como ocorreram, sob pena de potencialmente conduzir a um temerário distanciamento entre a realidade fática e o pronunciamento jurisdicional.

Embora a preocupação com a preservação da integridade dos elementos probatórios não seja inédita no ordenamento jurídico brasileiro, a positivação desses procedimentos representou um marco no que tange à segurança e à confiabilidade das provas materiais no processo penal, uma vez que a promulgação da Lei nº 13.964, de 2019, instituiu normatização detalhada da cadeia de custódia da prova.

Nesta perspectiva, o legislador trouxe os artigos 158-A, B, C, D, E e F, ao Código de Processo Penal, com uma série de determinações e providências que compõem a cadeia de custódia da prova, sem, no entanto, definir quais hipóteses configurariam sua violação. Também não estabeleceu critérios objetivos para que o

juiz, em sua atividade, pudesse constatá-las. Além disso, não mencionou o legislador quais seriam as consequências jurídicas, para o processo penal, do descumprimento dos referidos dispositivos legais. Por fim, a norma jurídica não contempla disposições transitórias (normas de transição ou de direito intertemporal), que pudessem disciplinar a aplicação da nova lei aos casos em andamento sob os efeitos da lei antiga.

Diante desse cenário, este artigo propõe, em síntese, a compreensão da inovação legislativa à luz dos princípios tradicionais do direito constitucional penal, com foco na preservação da legalidade e na eficácia probatória das provas digitais no processo penal, bem como a análise das possíveis consequências da quebra da cadeia de custódia no processo penal brasileiro, à luz de algumas vertentes doutrinárias e jurisprudenciais. Também será abordada, sucintamente, a questão acerca da exigência da preservação da cadeia de custódia em relação a fatos anteriores à vigência do Pacote Anticrime.

Passemos, pois, à exposição de considerações e de entendimentos até então apresentados pela doutrina e pela jurisprudência a respeito das questões apontadas.

2 CONCEITO E DISCIPLINA LEGAL DA CADEIA DE CUSTÓDIA

Segundo o disposto no art. 158-A do CPP, 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.

Doutrinariamente, a cadeia de custódia da prova tem sido conceituada como um “método por meio do qual se pretende preservar a integridade do elemento probatório e assegurar sua autenticidade em contexto de investigação e processo” (PRADO, Geraldo, 2021, p. 162).

Gustavo Badaró, por sua vez, leciona que “a cadeia de custódia em si deve ser entendida como a sucessão encadeada de pessoas que tiveram contato com a fonte de prova real, desde que foi colhida, até que seja apresentada em juízo” (BADARÓ, Gustavo *In*: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B., 2018, p. 254).

Ainda, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que “a cadeia de custódia consiste no caminho idôneo a ser percorrido pela prova até sua análise pelo perito oficial, de modo que a ocorrência de qualquer interferência indevida durante sua tramitação probatória pode resultar em sua

imprestabilidade para o processo de referência” (AgRg no HC n. 829.138/RN).

Em suma, o instituto da cadeia de custódia visa a garantir que o tratamento dos elementos probatórios, desde a sua arrecadação até a análise pela autoridade judicial, seja idôneo e livre de qualquer interferência que possa macular a confiabilidade da prova.

Superada a conceituação daquilo que se entende por cadeia de custódia da prova, saliente-se que, segundo orientação que decorre do denominado Princípio da Mesmidade, a autenticação de uma prova é um dos métodos que assegura que o item apresentado consiste naquilo que se diz que ele é. Ao comentar o assunto, Geraldo Prado sublinha que “a cadeia de custódia fundamenta-se no princípio universal de ‘autenticidade da prova’, definido como ‘lei da mesmidade’, isto é, o princípio pelo qual se determina que ‘o mesmo’ que se encontrou na cena do crime é ‘o mesmo’ que se está utilizando para tomar a decisão judicial” (PRADO, Geraldo, 2021, p. 151).

A título de exemplo, a prova da cadeia de custódia permite assegurar que um pacote de drogas apreendido em um flagrante é o mesmo pacote de drogas que foi submetido à perícia para confecção do laudo a ser acostado aos autos.

A respeito da documentação da cadeia de custódia, Janaína Matida entende haver duplo objetivo, quais sejam, “assegurar que os elementos mostrados ao juiz (i) sejam os mesmos encontrados na cena do crime e que, além disso, (ii) não tenham sofrido adulterações”, uma vez que considera relevante não só garantir a mesmidade, mas também a integridade dos elementos que deram origem à prova documentada, porque “são estas as características que tornam o elemento probatório confiável” (MATIDA, Janaina, 2020, p. 07).

Portanto, é preciso que se garanta que o vestígio, encontrado no local do crime ou em local relacionado à infração penal ou ao seu autor, é aquele a partir do qual a prova apresentada em juízo foi produzida (autenticidade) e que não sofreu adulterações (integridade), como garantia de redução dos riscos do erro judiciário.

Por outro lado, acrescente-se que, conforme observa Rodrigo de Andrade Fígaro Caldeira:

[...] a preservação da cadeia de custódia das provas e da prova da cadeia de custódia garante o pleno exercício, em especial, do contraditório sobre a prova, possibilitando o rastreamento da prova

apresentada e a fiscalização do histórico de posse da prova, a fim de aferir sua autenticidade e integridade” (CALDEIRA, R. de A. F. *In*: DUTRA, Bruna Martins Amorim; AKERMAN, William, 2021, p. 209-210).

Com efeito, de forma bastante simples, pode-se dizer que o art. 158-B do CPP enumera as diversas etapas de rastreamento do vestígio: reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte, explicando e conceituando cada uma delas ¹.

É essa sucessão encadeada que, quando registrada, materializa a prova da cadeia de custódia. Logo, verifica-se que a cadeia de custódia envolve desde a obtenção até o descarte do vestígio (ou fonte de prova), que pode ser conceituado como, “todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal” (art. 158-A, §3º, do Código de Processo Penal).

Perpassando pelos cuidados necessários para permitir a sua devida avaliação e teste, o vestígio dará origem à prova documentada a ser acostada aos autos. Por

¹ Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas: **I - reconhecimento**: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial; **II - isolamento**: 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; **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; **IV - coleta**: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza; **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; **VI - transporte**: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse; **VII - recebimento**: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu; **VIII - processamento**: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito; **IX - armazenamento**: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente; **X - descarte**: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial – sem grifos no original.

consequente, é a partir do vestígio ou fonte de prova que serão produzidas provas de todas as espécies: periciais, documentais, testemunhais, daí a extrema relevância do controle da cadeia que conecta um vestígio à prova produzida em juízo, tal como explica Gustavo Badaró:

[...]. As fontes de prova reais, ou coisas, por existirem independentemente e extraprocessualmente, deverão ser coletadas e levadas ao processo por algum meio de prova correspondente, como a juntada de documentos, o laudo pericial ou mesmo a inspeção judicial. Para tanto, será necessário manter um registro rigoroso de todas as pessoas que tiveram os elementos de prova sob seu poder físico, desde sua coleta, até que seja apresentado em juízo [...] (BADARÓ, Gustavo, 2022, p. 516).

É evidente que para cada tipo de vestígio e prova existirão especificidades para o cumprimento destas etapas e, em alguns casos, determinadas etapas são mais importantes do que outras, devendo tudo ser documentado.

Por fim, o art. 158-C do Código de Processo Penal estabelece o perito oficial como quem, de preferência, deverá realizar a coleta dos vestígios, os quais devem ser encaminhados para a central de custódia (mencionada nos artigos 158-E e F). Já o art. 158-D disciplina como os vestígios devem ser acondicionados, com a previsão de que todos os recipientes devem ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio.

3 A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL

No que diz respeito especificamente às provas digitais, pode-se dizer que demandam ainda maior atenção e cuidado em sua custódia e tratamento, em razão de sua natureza facilmente (e imperceptivelmente) alterável, que traz uma série de peculiaridades a serem observadas, tal como consigna Gustavo Badaró:

[...] Evidente que independentemente de qual procedimento técnico empregado, além de adequado segundo as melhores práticas, ele também precisará ser documentado e registrado em todas as suas etapas. Tal exigência é uma garantia de um correto emprego das *operating procedures*, especialmente por envolver um **dado probatório volátil e facilmente sujeito à mutação. Além disso, exatamente pela diferença ontológica da prova digital com relação à prova tradicional, devido àquela não se valer de uma linguagem natural, mas digital**, é que, como diz Pittiruti, uma cadeia

de custódia detalhada se faz ainda mais necessária [...] (BADARÓ, Gustavo. A Cadeia de Custódia da Prova Digital. In: OSNA, Gustavo et. al. Direito Probatório. Londrina: Thoth, 2023, p. 179) – sem grifos no original.

Dessa forma, diante do risco de adulteração que lhes é inerente, além da observância ordinária das disposições do Código de Processo Penal, faz-se necessário, para resguardar sua confiabilidade, a aplicação de procedimentos específicos em sua colheita e manuseio, que sejam aptos a garantir a auditabilidade, a repetibilidade, a reprodutibilidade e a justificabilidade das evidências digitais, sob pena de ter seu grau de confiabilidade diminuído drasticamente ou até mesmo anulado.

No julgamento do AgRg no HC n. 828.054/RN, de relatoria do Ministro Joel Ilan Paciornik, da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, foi apontada como possibilidade a utilização de metodologias, por exemplo, recomendadas pela ABNT². Do inteiro teor do acórdão, necessário transcrever o seguinte trecho, que traz importantes considerações:

[...] Na esteira das preocupações com a garantia da autenticidade dos novos meios de prova, a Associação Brasileira de Normas Técnicas, desde o ano de 2013, estabelece na NBR ISO/IEC 27037:2013 diretrizes acerca do manuseio inicial de evidências digitais, o que compreende a sua identificação, coleta, aquisição e preservação. O referido documento técnico, embora não dotado de força obrigatória de lei, constitui relevante guia a ser observado pelos atores da persecução penal, a fim de assegurar, tanto quanto possível, a autenticidade da prova digital. Recomenda-se, na norma técnica, que o sujeito responsável pela aquisição e tratamento do material de interesse para uma investigação descreva, desde o início, toda a cronologia de movimento e manipulação da potencial evidência digital, convindo que o registro da cadeia de custódia contenha, no mínimo, informações sobre o identificador único da evidência; quem acessou a evidência, com registro de tempo e local; quem checou a evidência interna e externamente nas instalações de

² [...] **Diante da volatilidade dos dados telemáticos e da maior suscetibilidade a alterações, imprescindível se faz a adoção de mecanismos que assegurem a preservação integral dos vestígios probatórios, de forma que seja possível a constatação de eventuais alterações, intencionais ou não, dos elementos inicialmente coletados, demonstrando-se a higidez do caminho percorrido pelo material. 3. A auditabilidade, a repetibilidade, a reprodutibilidade e a justificabilidade são quatro aspectos essenciais das evidências digitais, os quais buscam ser garantidos pela utilização de metodologias e procedimentos certificados, como, e.g., os recomendados pela ABNT. 4. A observação do princípio da mesmidade visa a assegurar a confiabilidade da prova, a fim de que seja possível se verificar a correspondência entre aquilo que foi colhido e o que resultou de todo o processo de extração da prova de seu substrato digital. Uma forma de se garantir a mesmidade dos elementos digitais é a utilização da técnica de algoritmo hash, a qual deve vir acompanhada da utilização de um software confiável, auditável e amplamente certificado, que possibilite o acesso, a interpretação e a extração dos dados do arquivo digital.** [...] (AgRg no HC n. 828.054/RN, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 23/4/2024, DJe de 29/4/2024) – sem grifos no original.

preservação da evidência, com respectivo registro de tempo e local; propósito de verificação da evidência; além de quaisquer alterações inevitáveis da potencial evidência digital, assim como o nome do indivíduo responsável para tanto e a justificativa para a introdução da alteração. Convém, assim, que o material epistemológico digital de interesse à persecução penal seja tratado mediante critérios bem definidos, que possibilitem a sua preservação, na maior medida possível, notadamente com explícita indicação de quem foi responsável pelo seu reconhecimento, coleta, acondicionamento, transporte e processamento, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito, notadamente com indicação da metodologia empregada e das ferramentas eventualmente utilizadas. A documentação de cada etapa da cadeia de custódia é fundamental, a fim de que o procedimento seja auditável. É dizer, as partes devem ter condições de aferir se o método técnico-científico para a extração dos dados foi devidamente observado (auditabilidade da evidência digital). Ainda, faz-se importante que a mesma sequência de etapas sempre redunde nos mesmos resultados, ou seja, que os mesmos procedimentos/instrumentos gerem a mesma conclusão (repetibilidade da evidência digital). Igualmente, ainda que sejam utilizados métodos diversos, os resultados devem ser os mesmos (reprodutibilidade da evidência digital). Por fim, os métodos e procedimentos devem ser justificáveis, sob a ótica da melhor técnica (justificabilidade da evidência digital). Assim, pode-se dizer que a auditabilidade, a repetibilidade, a reprodutibilidade e a justificabilidade são quatro aspectos essenciais das evidências digitais, as quais buscam ser garantidas pela utilização da metodologia da ABNT. A ausência de quaisquer deles redundaria em um elemento epistemologicamente frágil e deficiente, e, portanto, de valor probatório reduzido ou nulo. Tudo isso volta-se à tentativa de garantir o princípio da mesmidade, é dizer, a correspondência entre aquilo que foi colhido e aquilo que resultou de todo o processo de extração da prova de seu substrato digital, de forma a assegurar a confiabilidade da prova ("ela é o que pretende ser"). Uma forma de observar o princípio da mesmidade é por meio da utilização da técnica de algoritmo *hash*. Como bem explana o Min. Ribeiro Dantas, em seu voto no AgRg no RHC n. 143.169/RJ: "Aplicando-se uma técnica de algoritmo *hash*, é possível obter uma assinatura única para cada arquivo - uma espécie de impressão digital ou DNA, por assim dizer, do arquivo. Esse código *hash* gerado da imagem teria um valor diferente caso um único bit de informação fosse alterado em alguma etapa da investigação, quando a fonte de prova já estivesse sob a custódia da polícia. Mesmo alterações pontuais e mínimas no arquivo resultariam numa *hash* totalmente diferente, pelo que se denomina em tecnologia da informação de efeito avalanche: [...]. Desse modo, comparando as *hashes* calculadas nos momentos da coleta e da perícia (ou de sua repetição em juízo), é possível detectar se o conteúdo extraído do dispositivo foi alterado, minimamente que seja. Não havendo alteração (isto é, permanecendo íntegro o corpo de delito), as *hashes* serão idênticas, o que permite atestar com elevadíssimo grau de confiabilidade que a fonte de prova permaneceu intacta." (AgRg no RHC n. 143.169/RJ, relator Ministro Messod Azulay Neto, relator para acórdão Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 2/3/2023). Além da técnica do algoritmo *hash*, também deve ser utilizado um software confiável, auditável e amplamente certificado, que possibilite o acesso, a interpretação e a extração dos dados do arquivo digital. Em outras palavras: os instrumentos utilizados para promover a tradução dos dados digitais para uma linguagem compreensível devem ser conhecidos, confrontados e atestados, sob pena de colocar em risco toda a integridade do conteúdo de prova obtida [...].

A doutrina especializada também trata do tema. Rodrigo Casimiro Reis analisa o itinerário esperado para que a custódia da prova digital atinja seus objetivos:

[...] Identificadas possíveis fontes de prova digital, é indispensável que se colete e acondicione o equipamento (aparelho celular, computador, tablet, etc), encaminhando-o ao Instituto de Criminalística, a fim de que seja realizada cópia por espelhamento de dados, utilizando-se a função *hash*, que cria um algoritmo alfanumérico capaz de comprovar que a cópia gerada é idêntica àqueles vestígios digitais contidos no dispositivo eletrônico apreendido. [...] A prova da regularidade da cadeia de custódia pode ser demonstrada por meio da auditabilidade, aspecto do tratamento da evidência digital regulado pela Norma ABNT ISO/IEC 27037:2013, que prevê a documentação de todas as etapas empregadas no manuseio da e-evidence, assegurando a verificação da fidelidade do percurso metodológico empregado. Releva-se imperioso que se assegure à defesa, em contraditório diferido, o acesso à integralidade da suposta prova material do delito coletada pelo Estado-acusação, possibilitando-se, eventualmente, a efetivação da contra-perícia, nos termos do art. 158-B, IX, do CPP, por meio de peritos oficiais e de assistentes técnicos que afirmam a repetibilidade da extração da prova digital e que o código *hash* foi calculado a partir da fonte original da informação e não a partir de simples cópia (REIS, Rodrigo Casimiro, 2024, p. 65-67).

Preconiza-se, portanto, na doutrina e na jurisprudência, a adoção de salvaguardas técnicas específicas e aptas à demonstração da identidade entre a cópia gerada e os vestígios digitais, possibilitando a verificação de todas as etapas em seu manuseio e a confrontação posterior em contra-perícia, apta a delinear eventual modificação de conteúdo por meio de teste de confiabilidade sobre a prova digital.

De fato, se as provas digitais são dotadas de maior volatilidade e fragilidade, com alto risco de destruição e de falsificação, as etapas da custódia devem ter especificidades. A colaborar, vejamos as considerações apresentadas por Gustavo Badaró:

[...] na etapa de coleta do vestígio digital ou processamento, é preciso 'obter o dado digital mediante o sequestro e cópia ou espelhamento do suporte em que está registrado o arquivo de dados' para então realizar a análise dos dados e a elaboração dos resultados mediante produção de prova pericial". [...] normalmente, é necessário fazer uma cópia ou 'espelhamento', obtendo o *bitstream* da imagem do disco rígido ou suporte de memória em que o dado digital está registrado. Além disso, por meio de um cálculo de algoritmo de *hash* é possível verificar a perfeita identidade da cópia com o arquivo digital. Com isso, de um lado, se preserva o material original e, de outro, se garante a autenticidade e integridade do material que foi examinado pelos peritos (BADARÓ, Gustavo, 2021, p. 08).

Na etapa do armazenamento, por sua vez, é preciso “conservar os dados digitais obtidos e copiados em local seguro e adequado” e, além disso, para que a prova digital tenha a capacidade de garantir o conhecimento de um evento passado, relevante ao caso penal, é necessário o emprego de um método adequado, de acordo com as melhores práticas, e que haja a documentação completa da cadeia de custódia. Segundo afirma o autor, “se o método for inadequado ou se, embora adequado, não houver comprovação de seu emprego por ausência de registro de cadeia de custódia, não há como garantir a tutela da genuinidade e não alteração do dado informático devido a sua natureza frágil e volátil” (BADARÓ, Gustavo, 2021, p. 08).

Portanto, conclui-se que, com relação aos vestígios digitais e as provas dele extraídas, a garantia de consistência da prova depende (i) da utilização de metodologia correta e (ii) da documentação da utilização dessa metodologia e de toda a cadeia de custódia.

A partir desse contexto, mostra-se indispensável que todas as fases do processo de obtenção das provas digitais sejam documentadas, cabendo à polícia, além da adequação de metodologias tecnológicas que garantam a integridade dos elementos extraídos, o devido registro das etapas da cadeia de custódia, de modo que sejam asseguradas a autenticidade e a integralidade dos dados.

Conforme consignou o Ministro Rogerio Schietti Cruz “a vigilância sobre a prova digital traz peculiaridades não previstas na ultrapassada legislação de regência, o que exige o cuidado do Judiciário na análise do caso concreto (AgRg no RHC n. 195.921/MG, Sexta Turma, DJe de 3/6/2024.)

4 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DECORRENTES DO RECONHECIMENTO DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA

Uma das mais relevantes controvérsias que essa alteração legislativa suscita diz respeito às consequências jurídicas, para o processo penal, da constatação da quebra da cadeia de custódia da prova ou do descumprimento formal de uma das exigências feitas pelo legislador nos artigos 158-A a F, do Código de Processo Penal. A violação da documentação da cadeia de custódia acontece quando não há documentação alguma sobre o manuseio dos vestígios (inexistência de

documentação) ou há documentação somente parcial das etapas da cadeia de custódia do vestígio, situações em que não há como atestar quem, como e quando o vestígio foi manuseado e se houve ou não o respeito a determinados requisitos. Por consequência, é possível questionar a autenticidade e a integridade da prova produzida a partir deste vestígio. Levanta-se, assim, desconfiança sobre a prova produzida a partir daquele vestígio. Não se trata, portanto, de falsificação ou contaminação da prova efetivamente constatadas, mas a não documentação exata do que foi feito com o vestígio no caminho entre sua coleta e a produção da prova em juízo.

Identificada a violação é preciso definir sua consequência para a prova no processo penal. Diante disso, questiona-se: essa violação acarretaria a inadmissibilidade da prova (por sua ilicitude) e sua exclusão do processo? Ou seria caso de nulidade da prova? Em caso afirmativo, deve a defesa comprovar efetivo prejuízo, para que a nulidade seja reconhecida (à luz do princípio do *pas de nullité sans grief*)? Ou, por fim, deve o juiz aferir se a prova é confiável de acordo com todos os elementos existentes nos autos, a fim de identificar se eles são capazes de demonstrar a sua autenticidade e a sua integridade?

Analisando as vertentes defendidas na doutrina e na jurisprudência, constata-se que há aqueles que defendem que a violação das normas processuais conduz à ilicitude probatória (teoria da prova ilícita) e, por consequência, ao desentranhamento e à proibição de valoração pelo julgador, tal como defendido por Aury Lopes Jr.³ O Superior Tribunal de Justiça também já decidiu no sentido de que a violação da documentação da cadeia de custódia gera a inadmissibilidade da prova, nos termos do art. 157 do CPP (AgRg no RHC n. 143.169/RJ)⁴.

Antônio Magalhães Gomes Filho, em entendimento diametralmente oposto, refuta a vertente anterior e argumenta que “deve ser excluída desde logo a ideia de inadmissibilidade da prova por vício de documentação da cadeia da prova, pois não existe em princípio ilicitude que possa impedir o ingresso da prova no processo e sua valoração final pelo juiz. Isso só ocorreria se houvesse, apenas para argumentar,

³ LOPES Jr., 2022, p. 479.

⁴ [...] Pela quebra da cadeia de custódia, são inadmissíveis as provas extraídas dos computadores do acusado, bem como as provas delas derivadas, em aplicação analógica do art. 157, § 1o, do CPP. 9. Agravo regimental parcialmente provido, para prover também em parte o recurso ordinário em habeas corpus e declarar a inadmissibilidade das provas em questão. (AgRg no RHC n. 143.169/RJ, relator Ministro Messod Azulay Neto, relator para acórdão Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 2/3/2023).

violação da lei material para a obtenção da referida prova” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães, In Antônio Magalhães Gomes Filho, Alberto Zacharias Toron, Gustavo Henrique Badaró (Org.), 2022, p. 466-467).

Referido professor defende que a questão deve ser resolvida à luz do regime das nulidades processuais do Código de Processo Penal, asseverando que:

[...] em primeiro lugar, há certas irregularidades que não chegam a comprometer as finalidades pelas quais a forma foi instituída pelo legislador, não se cogitando de afetar a validade da formalidade legal. Nas situações relacionadas à documentação da cadeia de custódia, é possível exemplificar com a falta de uma assinatura ou de um carimbo, que absolutamente não comprometem a eficácia daquela documentação. Num segundo grau de importância, podem ocorrer desvios mais graves, cujo prejuízo para a parte ou comprometimento do valor da prova não decorrem automaticamente da irregularidade, mas devem ser sopesados em cada caso concreto. Fala-se então em nulidade relativa para indicar que o vício somente será reconhecido mediante alegação do interessado, com a correspondente demonstração do prejuízo para a parte ou para a correta comprovação do fato. Finalmente, numa escala maior de gravidade, há de ser reconhecida a nulidade absoluta do ato sempre que o prejuízo para o contraditório ou para o valor da prova for evidente, não se cogitando sequer de demonstração. (GOMES FILHO, Antônio Magalhães, In Antônio Magalhães Gomes Filho, Alberto Zacharias Toron, Gustavo Henrique Badaró (Org.), 2022, p. 466-467).

Também é adepto dessa segunda corrente Guilherme de Souza Nucci, defendendo que enquanto não for possível implementar a cadeia de custódia exatamente como prevista na reforma implementada pela Lei nº 13.964, de 2019, a irregularidade ensejará *nulidade relativa*, razão pela qual pode ocorrer uma falha, mas ela *depende da prova de prejuízo* para a parte. Acrescenta, ainda, o autor que não se deve considerar a nulidade da prova de maneira automática, devendo a análise ocorrer em relação a cada caso individualmente considerado, ressaltando, por fim, que “há muitos anos tem-se feito o mais adequado para manter as provas inalteradas para a avaliação pericial, na medida do possível. Então, cumpre indicar como um *defeito sanável ou superável*, a menos que a *parte interessada demonstre o contrário*” (NUCCI, 2022, p. 461) – sem grifos no original.

Há, ainda, aqueles que sustentam que a quebra da cadeia de custódia interfere na dimensão da valoração probatória (HC n. 653.515/RJ) ⁵, uma vez que a violação

⁵ [...] Mostra[r]-se mais adequada a posição que sustenta que as irregularidades constantes da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução,

da cadeia de custódia não implicaria, de maneira obrigatória, na inadmissibilidade ou na nulidade da prova colhida, cabendo ao magistrado definir a partir das circunstâncias do caso – em especial do tratamento da informação – se o elemento de convicção é (ou não) confiável. Do inteiro teor do acórdão, extrai-se o seguinte trecho do voto do Ministro Rogério Schietti Cruz, no qual ele enumera a existência de algumas vertentes doutrinárias sobre as consequências da quebra da cadeia de custódia no processo penal brasileiro:

[...] Na jurisprudência, a temática acerca da cadeia de custódia da prova ganhou maior relevo com o julgamento do HC n. 160.662/RJ (Rel. Ministra Assusete Magalhães, 6ª T., DJe 17/3/2014) pelo Superior Tribunal de Justiça. [...] Ao julgar o habeas corpus, a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça concedeu a ordem, "para anular as provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, determinando, ao Juízo de 1º grau, o desentranhamento integral do material colhido, bem como o exame da existência de prova ilícita por derivação, nos termos do art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP, procedendo-se ao seu desentranhamento da Ação Penal [...]". Isso porque decidiu-se, na ocasião, que a prova obtida "em razão da perda de sua unidade" ou a "perda da cadeia de custódia da prova" gerava cerceamento do direito de defesa, motivo pelo qual a prova adquirida por meio da interceptação telemática foi considerada ilícita. Ainda, ponderou-se que, apesar de dispensável a transcrição completa das gravações obtidas, devem ser disponibilizadas integralmente para os acusados as conversas captadas. Concluiu-se, assim, que a apresentação de parte dos áudios e e-mails acarretava violação do princípio da paridade de armas e do direito à prova. No âmbito da doutrina, as soluções apresentadas são as mais diversas. **Bruno Monteiro de Castro Brandão, por exemplo, defende que "o descumprimento de alguma regra legal pode não ensejar a sua automática imprestabilidade, tendo em vista a possibilidade de a fiabilidade ser provada por outros meios. Da mesma forma, a prova pode perder sua fiabilidade sem que se tenha descumprido norma expressa". Isso porque, segundo alerta o autor, o cumprimento formal das regras não impede que alguém (um perito, por exemplo) adultere a prova, caso realmente esteja de má-fé (A quebra da cadeia de custódia e suas consequências. In: CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sales; MARINELA, Fernanda (org.). Pacote Anticrime. v. II. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2021, p. 111). Uma segunda linha defende que a violação da cadeia de custódia acarreta a ilicitude da prova e, consequentemente, sua inadmissibilidade. Geraldo Prado, precursor dessa corrente, argumenta que, embora a ausência de fiabilidade probatória não se confunda com a obtenção de prova por meio ilícito, impossibilita o exercício efetivo do contraditório pela parte que deixa de ter acesso ao caminho percorrido pelo**

a fim de aferir se a prova é confiável (HC n. 653.515/RJ, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/11/2021, DJe de 1/2/2022).

elemento probatório, o que atrai as regras de exclusão da prova ilícita. Sem a possibilidade do rastreio da prova, esta perde a confiabilidade. Inclusive, as provas derivadas daquela cuja cadeia de custódia foi violada também devem ser desentranhadas dos autos (art. 157 do CPP), de modo a suscitar o que chamou de "imputação objetiva da ilicitude probatória" (PRADO, Geraldo. A cadeia de custódia da prova no processo penal. 2. ed. Marcial Pons. São Paulo, 2021, p. 205-211). Em sentido diverso, há uma corrente que sustenta que a violação da cadeia de custódia decorre da inobservância de normas processuais, o que torna a prova ilegítima; aplica-se, nesse caso, a teoria das nulidades. Exemplificativamente: LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 8. ed. atual. ampl. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 722-723. Há, ainda, aqueles que sustentam que a questão da violação da cadeia de custódia deve ser tratada no campo da valoração da prova, e não no campo de sua validade. Para os adeptos dessa teoria, a prova da cadeia de custódia, se insuficiente ou inexistente, não torna a prova inadmissível, mas possivelmente mais fraca. Se há uma probabilidade pequena, média ou grande de a prova ser autêntica, seu valor deve ser tomado na medida desta probabilidade, questão essa que diz respeito ao mérito. Ou seja, se a cadeia de custódia tiver sido vulnerada, o juízo deve valorar todos os elementos existentes, a fim de aferir se a prova é confiável. Nesse sentido, Gustavo Badaró argumenta que: [...] as irregularidades da cadeia de custódia não são aptas a causar ilicitude da prova, devendo o problema ser resolvido, com redobrado cuidado e muito maior esforço justificativo, no momento da valoração. 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. Ainda que com cuidados redobrados, é possível que, mesmo em casos nos quais haja irregularidade na cadeia de custódia, a prova seja aceita e admitida sua produção e valoração. Por outro lado, no caso de vícios mais graves, em que se tenha dúvidas sobre a autenticidade ou integridade da fonte de prova, em que haja uma probabilidade de que a mesma tenha sido adulterada, substituída ou modificada, isso enfraquecerá seu valor, cabendo ao julgador, motivadamente, fazer tal análise. (A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. Temas atuais da investigação preliminar no processo penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 535).

Por fim, registre-se que, segundo Gustavo Badaró, a inobservância da cadeia de custódia em relação à *prova digital*, mais do que levar à desconfiança epistemológica sobre o meio de prova (campo da *valoração probatória*), conduzirá mesmo à sua desconsideração completa enquanto prova (campo da *inadmissibilidade probatória*). Diante disso, ele visualiza dois cenários: “o primeiro, quando não há

qualquer documentação da cadeia de custódia; o segundo, quando não seja possível, minimamente, assegurar que o vestígio tenha potencial para o acerto do fato” (BADARÓ, 2023, p. 183).

5 EXIGÊNCIA DA PRESERVAÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA EM RELAÇÃO A FATOS ANTERIORES AO PACOTE ANTICRIME

Como visto, o advento da Lei nº 13.964, de 2019 (Pacote Anticrime) trouxe novas regras e exigências sobre a cadeia de custódia, estabelecendo a obrigatoriedade de formalização de procedimentos rigorosos para a preservação da prova. A retroatividade dessa exigência para fatos ocorridos antes da vigência da referida lei, no entanto, apresenta um dilema interpretativo relevante.

Isso porque, em regra, as normas processuais possuem aplicação imediata, inclusive aos processos em curso, conforme previsto no art. 2º do Código de Processo Penal. Entretanto, ressalte-se que essa aplicação deve ser compatibilizada com os princípios constitucionais, sobretudo o da segurança jurídica e o respeito aos atos processuais já praticados sob a égide da legislação anterior.

No tocante à cadeia de custódia, a discussão envolve não apenas aspectos formais da atividade processual, mas também repercussões substanciais sobre o valor probatório de elementos essenciais ao julgamento da causa, já que não se pode desconsiderar que a ausência de documentação ou de procedimentos compatíveis com os atuais parâmetros legais pode comprometer a admissibilidade da prova, ainda que, à época dos fatos, não houvesse imposição legal expressa nesse sentido.

Necessário, portanto, distinguir a retroatividade da norma processual em sentido estrito da retroatividade de seus efeitos sobre a validade da prova. Enquanto a primeira é, em tese, admitida, a segunda não pode ser interpretada de forma automática, sob pena de se instaurar insegurança sobre decisões já consolidadas.

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça, para sustentar a exigência de cadeia de custódia aplicadas a fatos anteriores à edição da Lei nº 13.964, de 2019, tem argumentado no sentido de que “embora o específico regramento dos artigos 158- A a 158-F do CPP (introduzidos pela Lei 13.964/2019) não retroaja, a necessidade de preservar a cadeia de custódia não surgiu com eles. Afinal, a ideia de cadeia de custódia é logicamente indissociável do próprio conceito de corpo de delito, constante

no CPP desde a redação original de seu art. 158. Por isso, mesmo para fatos anteriores a 2019, é necessário avaliar a preservação da cadeia de custódia” (AgRg no RHC n. 143.169/RJ, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 2/3/2023).

Ainda, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no HC nº 738418 – SP, destacou que “a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) é verdadeiro consectário extraído da lógica jurídica, tendo por consequência a confirmação e garantia do devido processo legal. Portanto, é absolutamente lógico e imperiosamente admissível, retroagir o novel mandamento aos casos ocorridos em data anterior a sua edição. Se não retroage por imposição legal, deve retroagir com muito mais propriedade, atendendo o apelo lógico que é a base para coerente e justa aplicação da Lei e, consequentemente, legitimar a integridade da cadeia de custódia”.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cadeia de custódia da prova no Código de Processo Penal destaca a relevância da inovação trazida pela Lei nº 13.964, de 2019, que estabelece procedimentos rigorosos para a preservação e documentação das evidências no processo penal. No entanto, a análise das lacunas legislativas revela a necessidade de uma interpretação cuidadosa e equilibrada para garantir a eficácia probatória e a proteção dos direitos fundamentais, razão pela qual o legislador e o judiciário devem se atentar às implicações práticas da quebra da cadeia de custódia, considerando as diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais que emergem desse debate.

Além disso, a adequação das práticas investigativas, especialmente no que se refere às provas digitais, é de extrema importância para garantir a autenticidade e a integridade das evidências.

Por fim, a adaptação às novas exigências legais deve ser feita com cautela, especialmente em relação a fatos ocorridos antes da vigência da nova legislação, evitando a insegurança jurídica e respeitando os atos já praticados sob égide da legislação anterior.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. (Orgs.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 254.
- BADARÓ, Gustavo. Os standards metodológicos de produção na prova digital e a importância da cadeia de custódia. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, v. 29, n. 343, p. 8, jun. 2021.
- BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 516.
- BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia da prova digital. In: OSNA, Gustavo et al. (Orgs.). *Direito probatório*. Londrina: Thoth, 2023. p. 179.
- CALDEIRA, Rodrigo de Andrade Figaro. Cadeia de custódia: arts. 158-A a 158-F do CPP. In: DUTRA, Bruna Martins Amorim; AKERMAN, William (Orgs.). *Pacote anticrime: análise crítica à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 209–210.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. In: GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Código de Processo Penal Comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 466–467.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 479.
- MATIDA, Janaina. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de inocentes. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, v. 28, n. 331, p. 7, jun. 2020.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 461.
- PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.
- REIS, Rodrigo Casimiro. A cadeia de custódia dos vestígios digitais como instrumento para se alcançar a verdade possível no processo penal. In: REIS, Rodrigo Casimiro; WERLANG, Alejandro César (Orgs.). *Reflexões sobre a prova no processo penal*. São Paulo: Amanuense, 2024. p. 65–67.