Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo
MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Camilla Sampaio, Emanuel Silva, Karolina de Albuquerque Araújo Martino e Querria Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Conteúdo Editorial Júnior: Bárbara Baraldi

Estagiários: Ana Carolina Francisco, Francisco Prado e Marco Antonio Fonseca

Produção Editorial
Gerente de Conteúdo
ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Thyara Pina da Silva

Analistas de Operações Editoriais: Carina Baptista, Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Morais, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Gabriela Cavalcante Lino e Victória Menezes Pereira

Estagiárias: Beatriz Hammond, Bianca Satie Abduch, Caroline Dubovicki e Gabrielly N. C. Saraiva

Capa: Chrisley Figueiredo

Adaptação capa: Ariel Villalba e Cinthia Riveros

Líder de Inovações de Conteúdo para Print
CAMILLA FUREGATO DA SILVA

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica
Mauricio Alves Monte

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Assistente de Produção Gráfica: Ana Paula de Araújo Evangelista

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Badaró, Gustavo Henrique
Processo penal / Gustavo Henrique Badaró. -- 10. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2022.

Bibliografia.
ISBN 978-65-260-0998-7

1. Processo penal 2. Processo penal - Brasil I. Título.

22-114184 CDU-343.1

Índices para catálogo sistemático:
1. Processo penal : Direito penal 343.1

Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ

PROCESSO PENAL

10ª edição revista, atualizada e ampliada

De acordo com a Lei 14.365/22

Biblioteca Particular
Gustavo Badaró
Tombo Nº 10578

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™
1912 • 2022 110 ANOS

do CPP: "*O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte*". Em suma, o juiz é livre para apreciar a perícia, sendo o perito dos peritos (*iudex est peritus peritorum*).[199] Todavia, a não aceitação do laudo do perito oficial – até mesmo porque o juiz não dispõe dos conhecimentos especializados do perito – não poderá ser o resultado de um ato caprichoso ou imotivado, cabendo ao juiz justificar racionalmente sua discordância, indicando o motivo pelo qual não considera atendível o resultado da perícia.

10.2.9. Da cadeia de custódia da prova

A Lei 13.964/2019, ao inserir os arts. 158-A a 158-F no CPP, passou a disciplinar a cadeia de custódia da prova penal.[200] Embora tal iniciativa seja louvável e merecedora de aplausos, o legislado foi restritivo ao atrelar a necessidade de documentação da cadeia de custódia à prova pericial.

Realmente, a cadeia de custódia normalmente está ligada à prova científica e, mais especificamente, à perícia de laboratório. Todavia, sua aplicação é mais ampla, estando relacionada com qualquer fonte de prova real: uma arma, uma luva, um crachá caído na cena do crime...

As fontes de prova reais, ou coisas, por existirem independente 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.

Também se poderá pensar na cadeia de custódia nos casos de "coleta" ou "apreensão" de elementos "imateriais", registrados eletronicamente, como o conteúdo de conversas telefônicas, ou de transmissão de *e-mails*, mensagens de voz, fotografias digitais, filmes armazenados na internet etc., sendo necessário a documentação da cadeia de custódia.

Toda vez que a investigação envolver a coleta, o armazenamento ou a análise de fontes de provas reais, isto é, de coisas, será necessária a adoção de determinados cuidados para garantia de sua autenticidade e integridade, no sentido de que o objeto levado ao processo para ser valorado pelo juiz é exatamente a mesma coisa tal qual encontrada e apreendida.

Para isso, é fundamental que a cadeia de custódia tenha sido perfeitamente documentada e representada.

199. Camargo Aranha (Da prova..., p. 117-118) entende que o juiz somente pode rejeitar o resultado da perícia "em duas hipóteses: por erro ou dolo dos expertos".

200. A inspiração dos artigos 158-A a 158-E foi, claramente, a Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014, da Secretaria Nacional de Segurança Pública, do então Ministério da Justiça.

10.2.9.1. Conceito e finalidade cadeia de custódia

O novo art. 158-A do CPP traz uma definição de cadeia de custódia: "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". Como facilmente se percebe, não se trata de definição da cadeia de custódia em si, mas, sim, da documentação da cadeia de custódia.

Importante destacar que quando se fala em "cadeia de custódia" a expressão deve ser entendida como a elipse de "documentação da cadeia de custódia". A cadeia de custódia em si deve ser entendia com a sucessão encadeada de pessoas que tiveram contato com a fonte de prova real, desde que foi colhida, até que seja apresentada em juízo. É o conjunto de pessoas, uma após a outra, (p. ex.: o investigador, o delegado de polícia, o perito, o escrivão do cartório etc.) que tiveram contato com tal coisa (p. ex.: uma arma, um líquido, um tufo de fios de cabelo).

Esse conjunto de pessoas, e os momentos específicos em que cada uma delas teve contato com a evidência, precisam ser registrados, isto é, documentados, para que se saiba, exatamente, quem teve contado com a coisa e quando isso ocorreu.

O conceito de cadeia de custódia surgiu originalmente na jurisprudência norte-americana, quase que como uma imposição natural da verificação da integridade da prova. Para garantir a fidelidade entre a prova e o fato histórico reconstruído, é indispensável a manutenção da cadeia de custódia, isto é, "a história cronológica escrita, ininterrupta e testemunhada, de quem teve a evidência desde o momento da coleta até que ela seja apresentada como prova no tribunal".[201] Além disso, é necessário que cada uma dessas pessoas declare que a coisa permaneceu substancialmente na mesma condição durante todo o tempo que permaneceu sob sua posse.[202]

Trata-se, portanto, de um **procedimento de documentação ininterrupta, desde o encontro da fonte de prova, até a sua juntada no processo**, certificando onde, como e sob a custódia de quais pessoas e órgãos foram mantidos tais traços, vestígios ou coisas que interessam à reconstrução histórica dos fatos no processo, com a finalidade de garantia de sua identidade, integridade e autenticidade.[203]

201. Swanson; Chamelin; Territo, *Criminal Investigation*... p. 33.

202. Graham, Federal Rule of Evidence ..., n. 643.

203. Pozo Pérez (*Diligencia de investigación y cadena de custodia*..., p. 146) dá o seguinte conceito: "la cadena de custodia de la prueba es el procedimiento, convenientemente documentado, controlado, que se aplica a los indicios, trazas, objetos y vestigios materiales relacionados con el delito, desde su localización hasta su valoración por los encargados de administrar la justicia, y que tiene como fin no viciar el manejo que de ellos se haga, de tal forma que permite constatar la identidad, integridad, y autenticidad de los mismos, garantizando y acreditando que lo recogido y analizado es lo mismo que lo que se somete al juicio".

O procedimento de documentação da cadeia de custódia tem por finalidade assegurar a autenticidade e a integridade da fonte de prova. A autenticidade significa que a fonte de prova é genuína e autêntica quanto à sua origem. A partir de um conjunto de dados individualizadores, garante-se que a coisa objeto de perícia ou simplesmente apresentada em juízo é a mesma que foi colhida, guardada e examinada. Por outro lado, a integridade é a condição da fonte de prova que se apresenta integra ou inteira, não tendo sido adulterada, sofrendo diminuição ou alteração de suas características, que se mantêm as mesmas desde a sua colheita.

Nesse sentido, a doutrina espanhola desenvolveu-se a ideia de "mesmidade" da prova.[204] Para tanto, é necessário observar uma série de garantias formais na custódia e tratamento dos elementos de prova, para evitar qualquer mudança ou alteração dos mesmos, bem como para garantir que os elementos apresentados ao juiz sejam os mesmos que foram recolhidos no início da investigação.[205]

A noção de "mesmidade" foi trazida para a doutrina brasileira, no que se refere ao objetivo da cadeia de custódia, por Geraldo Prado, que sustenta que a "autenticidade da prova" deve ser auferida pela confrontação da sua obtenção aos "princípios da 'mesmidade' e da 'desconfiança'".[206] A "mesmidade" é a garantia de que a prova valorada em juízo é a mesma colhida ou resultado direto da fonte de prova colhida no local dos fatos. E, garantida a "mesmidade", não há como se desconfiar da alteração da fonte de prova.

10.2.9.2. Das etapas da cadeia de custódia

O art. 158-B do CPP disciplina detalhadamente as etapas da cadeia de custódia, fazendo-o em dez diferentes fases, descrevendo, de modo didático, no que consiste cada uma das etapas de rastreamento do vestígio, que são: (1) reconhecimento; (2) isolamento; (3) fixação; (4) coleta; (5) acondicionamento; (6) transporte; (7) recebimento; (8) processamento; (9) armazenamento; e (10) descarte. [207]

204. A expressão que acabou sendo consagrada pelo Tribunal Supremo espanhol, na Sentença de 10 de fevereiro de 2010: "es a través de la cadena de custodia como se satisface la garantía de la mismidad de la prueba".
205. Nesse sentido, Mestre Delgado (*La cadena de custodia...*, p. 49-50), que ressalva, contudo, que os elementos devem ser os mesmos "salvo los imprescindibles deterioros o menoscabos que en su caso se deriven de la realización técnica de los análisis que hayan debido efectuarse a tal fin – con su misma composición, naturaleza y contenido".
206. Geraldo Prado, Ainda sobre a "quebra da cadeia de custódia..., p. 16-17.
207. O dispositivo foi claramente inspirado no art. 254 do Código de Procedimiento Penal da Colombia, que estabelece: "Con el fin de demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío; lugares y fechas de permanencia y los cambios que cada custodio haya realizado. Igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos".

De acordo com o § 1º do art. 158-A, "o início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio".

O **reconhecimento** é definido com: "ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial" (art. 158-B, I). Este elemento poderá ser qualquer vestígio do crime, definido, no § 3º do art. 158-A do CPP, como sendo "todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal". Nesse conceito deve se incluir o próprio corpo da vítima, no caso de homicídio.

O **isolamento** é "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" (art. 158-B, II).

Realizado o isolamento do local do crime, o § 2º do art. 158-D do CPP determina que é proibida a entrada de pessoas – obviamente, estranhas aos peritos, autoridade e seus agentes envolvidos na investigação – em locais isolados, "bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável". A remoção de vestígios do local do crime poderá caracterizar o crime de fraude processual (CP, art. 347 c.c. CPP, art. 158-C, § 2º).

Aliás, na disciplina das diligências a serem realizadas no inquérito policial, o CPP determina que a autoridade policial deve dirigir-se ao local do crime e "providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais" (art. 6º, I). Todavia, mesmo antes da chegada da autoridade policial, qualquer agente público (p. ex.: um policial militar que atenda a ocorrência) que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação (art. 158-A, § 2º).

A "**fixação**" é definida como a "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" (art. 158-B, III).

A etapa da "**coleta**" consiste no "ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza" (art. 158-B, IV).

O artigo 158-C do CPP estabelece que "a coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial", que deverá encaminhar o vestígio, depois de coletado e armazenado, para a central de custódia, "mesmo quando for necessária a realização de exames complementares".

Evidente que, sendo identificado um vestígio como de interesse para a investigação, e havendo a sua coleta e acondicionamento, para transporte para a central de custódia, deverá a autoridade policial, nos termos do inciso II do art. 6º do CPP,

"apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais".

Segue-se a quinta fase, de "**acondicionamento**" definido como o "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" (art. 158-B, V).

O modo de realização do acondicionamento é disciplinado pelo art. 158-D do CPP. O recipiente em que será condicionada a fonte de prova será determinado pela natureza do material (art. 158-D, *caput*), devendo ser adequado a tal finalidade. O recipiente deverá ser apto a "preservar suas características, impedir contaminação e vazamento, ter grau de resistência adequado e espaço para registro de informações sobre seu conteúdo" (art. 158-D, § 2º).

O recipiente deverá ser selado com lacre, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte (art. 158-D, § 1º). Além disso, deverá individualizar o vestígio nele contido (art. 158-D, § 2º).

Uma vez selado e lacrado o recipiente, ele somente poderá "ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada" (art. 158-D, § 3º). Em regra, nas duas etapas seguintes, de transporte e de recebimento na central de custódia, não haverá rompimento do lacre.

O **transporte** é conceituado como o "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" (art. 158-B, VI). Nessa etapa, o vestígio é levado do local em que foi encontrado, identificado e armazenado, até a central de custódia.

Segue-se o "**recebimento**", que é o "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" (art. 158-B, VII).

A etapa do denominado "**processamento**" consiste no "exame pericial em si" em que haverá a "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" (art. 158-B, VIII).

Para a realização da perícia há necessidade de abertura do recipiente, com o rompimento do lacre colocado por ocasião do acondicionamento. O § 4º do art. 158-D determina que "após cada rompimento de lacre, deve se fazer constar na ficha de acompanhamento de vestígio o nome e a matrícula do responsável, a data, o local, a finalidade, bem como as informações referentes ao novo lacre utilizado". Além disso, o "lacre rompido deverá ser acondicionado no interior do novo recipiente" (art. 158-D, § 5º).

No caso de provas de laboratório, a cadeia de custódia pode ser dividida e considerada em duas etapas: a da "custódia externa", que trata de quem teve contado com a amostra, desde o local da coleta até chegada ao laboratório; e a da "custódia interna", que registra "o recebimento da amostra pelo laboratório, dados de transferência e armazenamento, até a sua destinação final".[208]

No caso de perícias de laboratório, os registros da cadeia de custódia também devem conter detalhes sobre sua preparação para os testes a que foi submetido.[209] Também deverá conter a descrição das condições do material após a realização da perícia, por exemplo, as mudanças de suas características ou propriedade, em razão dos testes realizados, bem como o peso ou a quantidade do material remanescente, quando for o caso.[210]

Depois de realizado o exame pericial, segue-se o "**armazenamento**", considerado o "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" (art. 158-B, IX). Trata-se, pois, do retorno dos elementos de prova para a central de cadeia de custódia, como determina o *caput* do art. 158-F do CPP.[211]

Enquanto o vestígio estiver armazenado, também poderá ser examinado por assistentes técnicos da parte. O § 6º do art. 159 do CPP prevê que: "Havendo requerimento das partes, *o material probatório* que serviu de base à perícia *será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda*, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes" (g.n.). Nesse caso, normalmente, será necessário novo transporte, para o instituto de criminalística, salvo se na própria central de custódia houver local adequado para o exame.[212] De qualquer modo, o perito oficial deverá estar presente. Haverá necessidade de rompimento do lacre do recipiente e, após a análise do assistente técnico, haverá nova lacração, sendo tudo registrado e documentado pelo responsável da central de custódia na ficha de acompanhamento

208. Norma Sueli Bonaccorso, *Aplicação do exame de DNA na elucidação de crimes*, São Paulo, Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 54-55.
209. Bonaccorso, Aplicação do exame de DNA..., p. 55-57.
210. Bonaccorso, Aplicação do exame de DNA..., p. 55-57.
211. O parágrafo único do art. 158-F determina que: "Caso a central de custódia não possua espaço ou condições de armazenar determinado material, deverá a autoridade policial ou judiciária determinar as condições de depósito do referido material em local diverso, mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal".
212. Sendo necessária a tramitação do vestígio ao Instituto de Criminalística, para análise dos assistentes técnicos, "todas as ações deverão ser registradas, consignando-se a identificação do responsável pela tramitação" (CPP, art. 158-E, § 4º).

do vestígio (CPP, art. 158-D, § 4º), inclusive com a identificação dos assistentes, sendo registrada a data e a hora do acesso ao vestígio (CPP, art. 158-E, § 3º).

Por fim, a décima e última fase é a do "**descarte**", definido como o "procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial" (art. 158-B, X).

Sobre a extensão da cadeia de custódia, o art. 158-B prevê uma amplitude que vai além do que normalmente se define com o marco final da cadeia de custódia, que é a apresentação do meio de prova em juízo. Estabelecido que o "descarte" é momento final da cadeia de custódia, mesmo depois de elaborado o laudo e da sua apresentação em juízo, com eventuais esclarecimentos orais do perito, ainda assim será necessário que os elementos probatórios permaneçam armazenados na central de custódia, com a continuidade dos registros. Com isso, são garantidos os atributos de autenticidade e integridade de tais elementos, caso seja necessária uma nova perícia, por exemplo, para a elaboração de uma contraprova, ou mesmo que, pela primeira vez se determine uma perícia sobre algo aprendido, e.g., no caso de conversão do julgamento em diligência, em segundo grau.

Ressalte-se, por fim, que não há que se exigir que o legislador estabeleça no Código de Processo Penal uma disciplina específica sobre os elementos a serem documentados na cadeia de custódia de cada uma das possíveis fontes de provas reais que poderão interessar ao processo. Principalmente no caso de provas periciais, em que os avanços da prova científica têm sido constantes, seria algo praticamente impossível. O tema da prova científica deve ser tratado não apenas pelo direito, mas pela própria ciência, estabelecendo os seus métodos e padrões para a produção válida da prova científica. O art. 158-B do CPP estabelece as regras gerais e padrões mínimos do conteúdo de documentação de toda cadeia de custódia.

Este será o conteúdo geral e obrigatório, em relação a toda e qualquer fonte de prova real objeto de coleta. A nova disciplina, por outro lado, pode ser criticada por não prever uma norma de extensão, que permitisse aos órgãos policiais e periciais regulamentar, no âmbito administrativo, a cadeia de custódia, inclusive para adaptá-la aos avanços técnico-científicos. Uma delegação legislativa estimularia normativas internas sobre regimes específicos de cadeia de custódia e permitiria a mais rápida alteração e adequação das mudanças técnico-científicas dessas normativas. Além disso, também conferirá relevância processual a tais atos normativos de origem administrativa, tendo por consequência a caracterização da ilicitude de provas que fossem produzidas com a violação de regras sobre cadeias de custódia estabelecidas em portarias, resoluções ou outros atos equivalentes.

A **documentação da cadeia** de custódia é de responsabilidade das pessoas que têm contato com a fonte de prova custodiada. Assim, na investigação criminal, conduzida por órgãos oficiais, como é o caso do inquérito policial, o dever de registro e documentação da cadeia de custódia é dos funcionários públicos que tiverem contato com os elementos materiais que servem de prova.

Por outro lado, como destaca Rafael Serra Oliveira, "nas hipóteses em que os elementos ou fontes de prova forem obtidos por meio de investigações privadas ou indivíduos particulares, o ônus da documentação da sua cadeia de custódia recairá sobre as pessoas que participaram da coleta, manuseio, guarda e produção, até a sua apresentação judicial".[213]

10.2.9.3. Das consequências da violação da cadeia de custódia

Do ponto de vista terminológico, não é possível violar a cadeia de custódia em si. Uma pessoa ou tem, ou não tem, contato com a fonte de prova. Por sua vez, essa fonte de prova – ou vestígio, como se refere o § 3º do art. 158-A do CPP – pode se manter íntegra ou ser adulterada. Falsificar a fonte de prova real não é violar a cadeia de custódia (isto é, a documentação da cadeia de custódia), é fraudar ou adulterar a própria fonte de prova. Não se viola a sucessão de pessoas que teve contato com a coisa, mas a documentação que atesta essa realidade.

Se não há nenhum registro das pessoas que tiveram contato, p. ex., com uma mostra sanguínea coletada na cena do crime, inexiste "cadeia de custódia", entendida como "documentação da cadeia de custódia", por ausência do procedimento de integral registro das pessoas que tiveram contato com tal fonte de prova. Mas é evidente que houve uma cadeia de custódia, isto é, um conjunto maior ou menor de pessoas que tiveram contato com a prova. Por outro lado, se houve o registro de somente algumas das pessoas que tiveram contato com a fonte de prova, há uma documentação parcial da cadeia de custódia. Nesse caso, pode-se dizer que a cadeia de custódia, no sentido de documentação da cadeia de custódia, foi violada, porque essa não foi registrada em sua integralidade.

De qualquer modo, sem a documentação da cadeia de custódia, será possível questionar a autenticidade e integridade de tal fonte de prova e, consequentemente, dos elementos de prova dela extraídos. O legislador, contudo, não estabeleceu quais as consequências processuais de seu desrespeito, sejam em termos de admissibilidade, seja quanto à valoração do meio de prova dela correspondente.

No processo penal, em que devido a um *standard* probatório elevado, normalmente identificado com a prova "*além de qualquer dúvida razoável*", o desrespeito à regra de documentação integral da cadeia de custódia gera problemas ainda mais agudos. Isso porque, a possibilidade de adulteração da prova, ou mesmo uma ausência de demonstração segura de sua autenticidade e integridade, já poderão ser suficientes para impedir um resultado condenatório.

No caso de violação da cadeia de custódia, em tese, duas soluções seriam possíveis: a primeira, considerar que a prova se torna ilegítima, não podendo ser admitida no

213. Cadeia de custódia..., p. 109.

processo;[214] a segunda, superar o problema de admissão da prova e resolver o problema do vício da cadeia de custódia dando menor valor ao meio de prova produzido a partir de fontes de prova cuja cadeia de custódia tenha sido violada. Ou seja, trata-se de discussão entre admissibilidade e valoração da prova.

Inicialmente é necessário analisar sobre quem recai o dever de documentação da cadeia de custódia.

No direito norte-americano, até pela natureza da *law of evidence*, toda produção da prova é ônus da parte, considerada protagonista da atividade probatória e verdadeira "dona" da prova por ela produzida, ou seja, considera-se que quem produz a prova é responsável por demonstrar a integridade da cadeia de custódia. A *Rule* 901 a da *Federal Rules of Evidence*, ao tratar da *Authentication and Identification* da prova, determina que a parte que propõe a produção de uma prova deve produzir provas suficientes para demonstrar que aquela fonte de prova é exatamente aquilo que o requerente afirma ser.

No sistema estadunidense, tem se reconhecido que, em relação à cadeia de custódia, não é necessário eliminar toda a possibilidade de alteração, substituição ou mudança de condição da fonte de prova apresentada em juízo.[215] Por outro lado, no caso de coisas que não são facilmente identificáveis, será necessária uma demonstração da cadeia de custódia, desde o momento em que a coisa foi encontrada, até sua apresentação no tribunal, com um grau de completude suficiente para tornar "razoavelmente provável" que o item original não tenha sido trocado nem alterado.[216] Já no caso de coisa facilmente sujeitas a adulteração, como drogas ilegais ou substâncias químicas, exige-se uma demonstração mais rigorosa da cadeia de custódia, embora a sua demonstração completa nem sempre precise ser provada. Tem se exigido um *standard* de prova suficiente para que o juiz possa acreditar que a coisa ainda é aquilo que o requerente da prova afirma que ela é; se for apontado um risco específico de erro de identificação da coisa ou de sua alteração, quem requereu a prova deve produzir provas que superem esse risco, ou a prova será excluída.[217]

214. Nesse sentido, na doutrina nacional: Prado, *Prova penal e Sistema de controles epistêmicos...*, p. 92; Marcos Eberhardt, *Provas no Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 223) considera que "a quebra da cadeia de custódia está relacionada ao plano da admissão e não da valoração da prova, não podendo admitir-se dentro do processo penal prova técnica obtida sem a mínima observância da técnica ou método apropriado para a sua análise". De forma semelhante, para Yuri Azevedo e Caroline Regina Oliveira Vasconcelos (*Ensaios sobre a cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 109) "a eventual quebra na cadeia de custódia da prova importa na ilicitude da prova".

215. Nesse sentido: Graham, *Federal Rules of Evidence...*, n. 643. *McCormick on Evidence...*, p. 484.

216. McCormick on Evidence..., p. 483-484.

217. McCormick on Evidence..., p. 484.

Evidente que tal concepção, pela diferença dos sistemas, deve sofrer adaptações quando transportada para o modelo continental, em que a atividade probatória não é considerada "coisa das partes". E isso se agrava no caso de fontes de provas reais, que na fase investigatória da persecução penal normalmente são apreendidas por integrantes da polícia judiciária, ficando sob a custódia de agentes de polícia e, depois, de peritos oficiais, até serem juntadas ao processo.

Nesse contexto, uma primeira possibilidade seria considerar que a parte que contestar a autenticidade da prova, alegando a violação da cadeia de custódia, será a responsável pela demonstração de tal vício. Logo, caso não se desincumba de tal demonstração, a prova será considerada válida. Tal solução ainda se alinharia com uma tendência verificada no terreno das nulidades, que indevidamente transplantado para o tema dos vícios probatórios, no sentido de que aquele que alega a nulidade de um ato processual deverá demonstrar a nulidade de tal ato. Discorda-se de tal posicionamento. Como corretamente rebate Pilar Ladrón Tabuenca, tal forma de pensar poderá acarretar a inversão do ônus da prova. Isso porque, são os organismos encarregados da produção da prova que têm o encargo de comprovar a sua atuação com pleno respeito à *lex artis* e aos específicos protocolos de atuação, tanto administrativos quanto científicos. Não pode ser a parte que alega que houve violação da cadeia de custódia – mormente quando se trata de um particular que arguia o vício de um agente estatal no registro da cadeia de custódia – que tenha que demonstrar a sua inexatidão.[218]

Assim, nos sistemas em que a investigação criminal está atribuída a órgãos estatais, a documentação da cadeia de custódia é função dos agentes estatais, que têm contato com a fonte de prova real.

Questão distinta é definir se, uma vez constatada a existência de vícios na cadeia de custódia, isso levaria, necessariamente, à ilicitude ou ilegitimidade da prova, que seria inadmissível no processo.

A resposta deve ser negativa, principalmente, no caso em que haja apenas omissões ou irregularidade leves, sem que haja indicativos concretos de que a fonte de prova possa ter sido modificada, adulterada ou substituída. Em tais casos, a questão deve ser resolvida no momento da valoração.

Não se desconhece que, nos chamados sistemas de *civil law*, houve uma profunda degeneração do livre convencimento. Historicamente, o livre convencimento, resgatado pela Revolução Francesa, era só um princípio negativo, de repúdio ao sistema da prova legal. Todavia, na cultura pós-iluminista se transformou, acriticamente, em um método discricionário de valoração da prova. Justamente por isso, para Luigi Ferrajoli, o livre convencimento se transformou "em uma das páginas politicamente mais dolorosa e intelectualmente mais deprimente da história as instituições penais. (...) E

218. Ladrón Tabuenca, *La cadena de custodia...*, p. 25.

acabou por se transmudar em um grosseiro princípio potestativo idôneo a legitimar o arbítrio dos juízes".[219]

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.

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. Nesse sentido decidiu, recentemente, o STJ, "Mostra-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, a fim de aferir se a prova é confiável. Assim, à míngua de outras provas capazes de dar sustentação à acusação, deve a pretensão ser julgada improcedente, por insuficiência probatória, e o réu ser absolvido". [220]

Por outro lado, no caso de vícios mais graves, em que se tenham dúvidas sobre a autenticidade ou a integridade da fonte de prova, em que haja uma probabilidade de que ela tenha sido adulterada, substituída ou modificada, isso enfraquecerá seu valor, cabendo ao julgador, motivadamente, fazer tal análise.[221] Evidente que, em tal caso, se se considerar atendível um meio de prova, decorrente de fonte sobre a qual haja irregularidades na cadeia de custódia, haverá uma inegável necessidade de reforço justificativo demonstrando o porquê ser possível confiar na autenticidade e integridade de tal fonte.

Por fim, é possível que a própria coisa, isto é, a fonte de prova real, seja adulterada (p. ex.: diluir o sangue em uma substância), ou seja, substituída por outra (troca do sangue de uma pessoa por outra), intencionalmente ou não. Nesse caso, o problema não será da cadeia de custódia ou da documentação da cadeia de custódia, mas da própria coisa, isto é, a fonte de prova real, que fora colhida, guardada e depois exibida em juízo.

10.2.9.4. Da cadeia de custódia da prova digital

A prova digital, ou *digital evidence*, tem se tornado cada vez mais frequente no processo penal. E isso não apenas em relação aos chamados *computer crimes* em sentido estrito, mas também para demonstração de todo e qualquer delito que hoje pode

219. Diritto e ragione..., p. 118.
220. No caso, a substância havia chegado para perícia em um saco de supermercado, fechado por nó e desprovido de lacre. (STJ, HC 653.515/RJ)
221. Nesse sentido: Tonini; Conti, Il diritto delle prove..., p. 364.

ser cometido pela rede mundial de computadores, por redes sociais ou por qualquer outro sistema telemático.

A preocupação específica com a cadeia de custódia da prova digital se justifica por algumas características próprias de tais elementos probatórios. Na prova digital ou, com se costuma denominar, *digital evidence*, o adjetivo "digital" decorre exatamente de a prova se originar de uma manipulação eletrônica de números,[222] ou nas palavras de Kerr, "zeros and ones of eletricity".[223] Isso implica diferenças relevantíssimas com as provas tradicionais: uma ontológica e outra metodológica. Nos casos de *computer forensics*, os elementos de prova são conservados e transmitidos em linguagem não natural, mas digital. Assim, ainda que os dados digitais, em seu conteúdo informativo, possam ser diretamente percebidos por quem está em contato com eles, esses não possuem uma materialidade[224] imediatamente constatável.

Justamente por isso, para que produzam informação jurídica útil para a reconstrução histórica dos fatos, devem seguir os princípios informáticos. O *National Institute for Standard and Technology* (NIST) distingue quatro fases da *computer forensics*: (*i*) coleta dos dados; (*ii*) exame; (*iii*) análise; e (*iv*) relatório: "Durante a coleta, os dados relacionados a um evento específico são identificados, rotulados, registrados e coletados, e sua integridade é preservada. Na segunda fase, de exame, ferramentas e técnicas forenses adequadas aos tipos de dados que foram coletados são executados para identificar e extrair as informações relevantes dos dados coletados, protegendo sua integridade. O exame pode usar uma combinação de ferramentas automatizadas e processos manuais. A próxima fase, a análise, envolve a análise dos resultados do exame para obter informações úteis que abordem as questões que foram o ímpeto para a realização da coleta e do exame. A fase final envolve relatar os resultados da análise, que podem incluir a descrição das ações executadas e recomendar melhorias para políticas, diretrizes, procedimentos, ferramentas e outros aspectos do processo forense".[225]

A doutrina processual penal tem aderido a tal sistemática, sugerindo sua aplicação nos casos de produção de prova digital.[226]

Para garantir a autenticidade, evitando a contaminação da prova digital, o ideal seria que o legislador pudesse estabelecer uma técnica específica a ser empregada para a individualização e apreensão da prova digital, sob pena de inutilizabilidade da prova.

222. Daniele, La prova digitale..., p. 283.
223. Kerr, Digital evidence and the new criminal procedure..., p. 284.
224. A ausência de materialidade da prova digital, como destaca Daniele (La prova digitale..., p. 284) não significa que a mesma seja privada de "fisicidade"; trata-se de "impulsi elettrici che rispondono ad una sequenza numerica prestabilita e che, convogliati in un supporto informatico dotato di una memoria, originano informazioni intelligibili".
225. Kent; Chevalier; Grance; Dang, Guide to Integrating Forensic Techniques...
226. Nesse sentido: Zicardi, Le linee guida..., p. 120; Vaciago, Digital Evidence..., p. 7; Pittiruti, Digital evidence..., p. 4.