

NOTA TÉCNICA nº 4/21

Documentação da Cadeia de Custódia

Realização:

Grupo de Trabalho - Cadeia de Custódia

Secretaria Especial de Políticas Criminais

Centro de Apoio Operacional Criminal – CAOCrim

Procuradoria-Geral de Justiça

22/1/2021

NOTA TÉCNICA Nº 04/2021-PGJ - CAOCrim

EMENTA: DOCUMENTAÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA. ATIVIDADE PROBATÓRIA AUTÔNOMA SOBRE VESTÍGIOS FUNGÍVEIS. REPERCUSSÃO SOBRE A FORÇA PROBANTE DO VESTÍGIO, A SER AVALIADA NO CASO CONCRETO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DA PROVA POR DESRESPEITO À DOCUMENTAÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA. ÔNUS PROBATÓRIO DA DEFESA EM COMPROVAR IRREGULARIDADES NA DOCUMENTAÇÃO E SUA PERTINÊNCIA.

Sumário: 1. Do relatório. 2. Da análise jurídica. 2.1 – Da Cadeia de Custódia. 2.2 – Da prova da cadeia de custódia: atividade probatória de segundo grau sobre bens fungíveis. 2.3. Do ônus probatório. 3. Da coleta dos vestígios – âmbito de aplicabilidade do art. 158-C do Código de Processo Penal. 4. Dos cuidados recomendados – boas práticas: bens fungíveis, vestígios digitais e central de custódia. 4.1. Dos vestígios digitais. 5. Da irretroatividade dos arts. 158-A a 158-E, do Código de Processo Penal. 6. Da conclusão.

1. DO RELATÓRIO

A presente nota técnica tem como finalidade estabelecer a padronização e orientação sobre a normativa da Cadeia de Custódia para o material de informática apreendido em investigações criminais no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo, consoante a Portaria n. 6.649/2020-PGJ, bem como fixar premissas teóricas e práticas face às disposições dos arts. 158-A a 158-E, do Código de Processo Penal, relacionadas ao tema.

2. DA ANÁLISE JURÍDICA

2.1 – DA CADEIA DE CUSTÓDIA

A compreensão e aplicação do novel comando normativo torna necessário o conhecimento dos elementos basilares do instituto, sua natureza, finalidade e as consequências por eventual inobservância.

Intimamente ligada ao dilema da verdade no processo penal¹ e seu reflexo sobre a prova, a temática da cadeia de custódia e sua respectiva documentação, até então apenas indiretamente inseridos no panorama normativo do Código de Processo Penal, se sujeita a modificações, máxime condizentes à evolução tecnológica e das infundáveis formas de práticas delitivas. De toda forma, a ausência de normativas amplas era sentida, na medida em que comandos normativos gerais poderiam balizar a documentação da coleta de vestígios.

A Lei 13.964/19, modificando o Código de Processo Penal, trouxe, contudo, regramentos excessivamente específicos sobre a cadeia de custódia, em cada mínimo passo e detalhe. Não se contentando com a conceituação (art. 158-A), definição do *termo a quo* (art. 158-A, §1º) e fixação de etapas gerais (art. 158-B, incisos I a X), a norma adentrou pontos técnicos e específicos de cada etapa, se ocupando com recipientes, protocolos, forma de registro entre outros, alguns dos quais, note-se, sequer definiu (como código de rastreamento).

Deixou-se de observar as especificidades das instituições que se utilizam do mecanismo, bem como aquelas regionais. Acaso adotada uma interpretação extensiva do novo texto, mormente no que concerne aos efeitos por eventual descumprimento, a aplicação do instituto se afigura inviável não apenas para órgãos ministeriais como também e sobretudo para a polícia judiciária. Para se alcançar tal conclusão, basta verificar, nos últimos anos, a redução dos quadros de servidores (por aposentadorias e exonerações) e dos números de Delegacias, mormente em cidades tanto menores como mais longínquas de grandes centros urbanos, assim como dos órgãos técnico-científicos (unidades do Instituto de Criminalística no interior do Estado, no caso de São Paulo).

¹ Refere-se, aqui, a divergência clássica estabelecida entre verdade real e formal, ou simplesmente, verdade. Sem pretensões de buscar solução a questão, por vezes e por alguns já suplantada e por outros não, o dilema da verdade é, em síntese, a atividade de trazer aos autos, tanto quanto possível, os elementos mais fidedignos vinculados ao fato material subsumido.

Tais detalhamentos, é certo, ficariam bem alocados em atos regulamentares, máxime internos dos órgãos, pois de caráter orgânico-administrativo. Aliás, nesse sentido é a redação proposta no Projeto de Lei nº 8045/2010, art. 169-A, §2º: “os órgãos policiais e periciais poderão regulamentar, no âmbito administrativo, a cadeia de custódia, inclusive para adaptá-la aos avanços técnico-científicos”².

De toda forma, o art. 158-A conceitua cadeia de custódia como “... o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu conhecimento até o descarte”.

Ab initio, a lei se equivoca ao fundir na conceituação de cadeia de custódia a prova de seus atos. Cadeia de custódia é simplesmente o elo, a sequência de atos históricos de transferência de posse da evidência. Já a documentação da cadeia de custódia é conceito ligado à comprovação de referido elo, mais especificamente à metaprova (já que é uma prova sobre a prova, que busca comprovar as transferências de posses do vestígio coletado), e, por isso, consiste em atividade probatória de segundo grau³.

Bem se vê, por isso, que regimes jurídicos diversos regem a conceituação legal, sendo fundamental sua compreensão.

A defesa pode suscitar questões tanto sobre o vestígio coletado como sobre a autenticidade de sua documentação – caso em que o vício alegado se refere a eventual “falsidade da prova”⁴.

² Nesse sentido, *Gustavo Badaró*, a Cadeia de Custódia e sua relevância para a prova penal, *in Temais Atuais da Investigação Preliminar no Processo Penal – SIDI*, Ricardo/ LOPES, Anderson Bezerra [Orgs] – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017.

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

⁴ *Idid, ibid*, pag. 347.

Nestes casos, o questionamento sobre a prova (vestígio) alcança a cadeia de custódia e a sua prova, questões que devem ser resolvidas em incidente de falsidade.

Tomemos um caso concreto em que a defesa alegue que um dado vestígio trazido aos autos não é o mesmo que fora coletado na cena do crime. Nada obstante formalmente perfeita a documentação da cadeia de custódia nos autos, pode a defesa alegar divergência entre os vestígios (um apreendido/coletado e outro apresentado), para o que será necessário lançar mão de incidente de falsidade, cujas consequências estão descritas no art. 146 a 148 do Código de Processo Penal, merecendo destaque que “se reconhecida a falsidade por decisão irrecorrível, mandará desentranhar o documento e remetê-lo, com os autos do processo incidente, ao Ministério Público”.

Questões de gênese similar podem ser suscitadas: a droga trazida aos autos, submetida à análise pericial e levada a juízo, foi realmente aquela apreendida durante o cumprimento do mandado de busca e apreensão?

Nesses casos, o debate abordaria a pertinência de determinado objeto com a prova dos autos, cuja falsidade a desvincularia da prática delitiva.

Demonstra-se, com isso, haver uma série de questionamentos possíveis em torno do vestígio que independem da regularidade da cadeia de custódia, cujo acerto formal não exclui problemas de conteúdo.

Para casos de falsidade de objeto, portanto, a solução deverá se dar na seara de incidente de falsidade, sem vinculação com a prova da cadeia de custódia.

A consequência jurídica do reconhecimento da falsidade do vestígio é seu desentranhamento dos autos, não podendo ser considerado sequer como vestígio, incidindo o responsável na prática do art. 347 do Código Penal.

2.2 – DA PROVA DA CADEIA DE CUSTÓDIA – DA ATIVIDADE PROBATÓRIA DE SEGUNDO GRAU SOBRE BENS FUNGÍVEIS

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

A documentação da cadeia de custódia é a atividade probatória de segundo grau, a qual busca provar a sequência histórica da prova: “prova da prova”⁵.

Singelamente, é a documentação, por procedimento ininterrupto ou sequencial, do encontro da fonte da prova/vestígio, seu manuseio, sua preservação, seu transporte e demais eventos históricos a ela relacionados, até final desvinculação do processo.

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

A autenticação presume a autenticidade da prova, salvo prova em sentido contrário – já que se trata de atos praticados por agentes públicos. Embora possam parecer a mesma coisa, não são: a segunda revela-se no estado de não falsidade do vestígio (item supra); a primeira, é manifesto do carimbo estatal do respeito integral à documentação da cadeia de custódia.

As minúcias trazidas pela modificação legislativa se destinam, unicamente, à garantia objetiva, sem necessidade de maiores esforços argumentativos, de que a mesma fonte de prova, coletada pelo órgão investigador, seja aquela apresentada em juízo para aferição de sua força probante.

⁵ “A prova da cadeia de custódia, nesse sentido, não deixa de ser uma prova de segundo grau ou metaprova, pois é uma prova sobre uma prova” - pag. 436. *A prova no enfretamento à macrocriminalidade/organizadores*, Daniel de Resende Salgado e Ronaldo Pinheiro Queiroz – 2. Ed. – Salvador: Juspodivm, 2016.

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

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

O problema da autenticação da prova reduz-se a uma questão: é este o item de evidência, esta prova, o que seu proponente diz que é? Assim, por exemplo, antes de um revólver ser admitido num julgamento de homicídio, alguma evidência deve apontar para o fato de que esse revólver é, de fato, a arma do crime; antes de um pacote de cocaína ser introduzido num processo por tráfico de drogas., deve haver alguma indicação de que o conteúdo do pacote é o mesmo produto apreendido com o acusado e que contém a substância identificada como cocaína.”⁶

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

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

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

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

Tais distinções são fundamentais para compreender que o art. 158-B, incisos I a X, do Código de Processo Penal, definindo etapas para a

⁶ *Idid, ibid*, pag. 439.

documentação da cadeia de custódia, não interfere diretamente na validade da prova.

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

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

Nada impede ao magistrado, dentro da principiologia reitora da liberdade probatória, dispensar formalidades ou permitir atuação diversa do órgão investigatório na coleta de vestígios.

De fato, sendo o juízo destinatário da prova, que a sopesa com base em seu livre convencimento motivado (art. 155 do Código de Processo Penal), nenhuma razão plausível existe para, diante da situação peculiar e devidamente fundamentada, mediante requerimento do órgão investigatório, limitar a produção de prova em detrimento de atividade probatória de segundo grau.

Não se pode conceber, por exemplo, que um perito ou agente público que tenha participado da apreensão de determinado vestígio não possa, mediante testemunho ou um simples relatório, autenticar a coleta/manuseio/entrega/trânsito do objeto, ainda mais quando se tratar de bem infungível ou que possua traço distintivo peculiar que o individualize dos demais⁷.

Para essas situações vige a regra geral processual: “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a

⁷ “São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade” – art. 85 do Código Civil. Embora o Código Civil vincule a fungibilidade da bens móveis, a aplicação do conceito aos vestígios no processo penal não possui referida restrição.

boa-fé” (art. 5º do CPC), boa-fé – e regularidade - que se presumem nos atos de agentes públicos.

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

Foi bem o art. 158-D, §3º, do CPP, ao fixar que “o recipiente só poderá ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada”, demonstrando que, com a devida justificativa, podem ser produzidos de forma diversa elementos de documentação da cadeia de custódia.

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

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

A regra, de fato, é a da realização da coleta por pessoa autorizada (e não perito oficial), justamente porque a realidade dos órgãos investigatórios inviabiliza a presença de peritos em todos os locais onde se encontrem vestígios (vide item 2.1 suso).

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

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

Reforça-se que eventual insuficiência de comprovação da cadeia de custódia pode produzir consequências sobre o peso do vestígio, ou seja, sua força probante, a ser devidamente avaliada pelo juízo⁸.

Submetido ao princípio da liberdade probatória e tendo como finalidade a demonstração da identidade do vestígio e sua conservação, a documentação da cadeia de custódia não respeita a taxatividade, de forma que qualquer meio de prova em direito admitido pode suprir irregularidades documentais.

Em vestígios infungíveis, caracterizados por traços distintivos que o tornam peculiar, como, por exemplo, uma arma com numeração de série, a prova da cadeia de custódia é irrelevante⁹, tornando aplicável a espécie o art. 400, §1º, do Código de Processo Penal. Para esta espécie de vestígio, a identidade é comprovada pelo seu próprio traço distintivo, desde que tenha ocorrido a devida descrição no momento da coleta.

2.3 – DO ÔNUS PROBATÓRIO

Ao Ministério Público pode cumprir o ônus probatório de primeiro e segundo grau, nos casos em que atuar como executor de todos os passos da cadeia de custódia ou, parcial (quando, p. ex., após apreensão, enviar o vestígio ao Instituto de Criminalística ou a qualquer outro órgão externo).

Nestes casos, é sua incumbência desde a coleta do vestígio e sua juntada aos autos (atividade probatória de primeiro grau), até a manutenção

⁸ Embora trate sobre a transmutação de prova em indício, o que não é o caso do vício na cadeia de custódia, a atividade de sopesar a força probante do elemento de convicção com irregularidade é comum em nossos Tribunais, servindo como exemplo o Ag.Rg. no *Habeas Corpus* 174.400 DF – “... embora a manifestação técnica produzida pelo Instituto de Identificação da Polícia Civil do DF tenha sido subscrita apenas por peritos papiloscopistas, que não são considerados peritos oficiais pelo art. 5º da Lei 12.030/2009, não se trata de prova ilícita, devendo ser mantida no conjunto probatório da causa como elemento indiciário a ser oportunamente avaliado pelo Juiz natural da causa, o Tribunal do Júri...”.

⁹ Já que a autenticação do vestígio é incontestável: a arma apreendida, com determinado número de série, tem sua identidade comprovada independentemente da prova da cadeia de custódia.

da documentação da cadeia de custódia com as indicações de identidade e preservação da prova, de forma suficiente a autenticá-la (atividade probatória de segundo grau).

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

De fato, impor ao Ministério Público o dever de comprovar que a prova da cadeia de custódia não padece de falsidade, transformaria o processo penal numa atividade de regresso ao infinito, com deveres probatórios negativos (prova diabólica).

Não por outra razão, sobre a defesa recai o ônus de demonstrar manipulação ou vício da cadeia de custódia, com pontuações específicas e pertinentes, condizentes com o caso concreto.

Deve-se exigir à defesa que, para se desincumbir de tal ônus, o faça de maneira específica, sob pena de incidência da norma geral (documentos públicos gozam de presunção de veracidade¹⁰), e pertinente, já que a alegação que busca inquirir de ilicitude ou ilegitimidade a prova em razão de vício na documentação de sua arrecadação devem ser de plano rechaçadas: como dito, irregularidades na prova da cadeia de custódia são aferíveis no aspecto da valoração da força probante do vestígio que a demandou.

Diferente não é, também, a distribuição do ônus probatório das alegações de falsidade da prova e falsidade da prova da cadeia de custódia (da prova). A última expressão é propositalmente redundante, pois representa uma atividade probatória de terceiro grau. Ambas as impugnações devem ter lugar em incidentes de falsidade (item 2.1. supra).

O ônus desconstitutivo da prova, por falsidade, cabe a quem alega o vício; da mesma forma e ainda com maior razão, a prova da falsidade de atos inseridos na documentação da cadeia de custódia apenas pode caber à Defesa, já

¹⁰ RESP 200401091484, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T, DJ 02/05/2005).

que impor referido ônus ao Ministério Público implicaria exigir triplo ônus probatório, tendente ao regresso ao infinito.

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

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

Para além desse dever, incumbe à Defesa apresentar indicativos passíveis de desconstituição ou eventual insuficiência de documentação da cadeia de custódia, tendentes a demonstrar que aquela apresentada nos autos não possibilitou a correta identidade do vestígio ou, ainda, indicar que a prova não foi devidamente preservada e quais as consequências sobre seu valor probatório.

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

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

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

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

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

A conceituação ampliada trazida pela Lei 13.964/19 extrapola a vinculação à materialidade delitiva (art. 158-A, §3º, do CPP), abrangendo quaisquer

objetos que contenham elementos de convicção, seja sobre o elemento subjetivo, sobre vínculos entre pessoas e demais circunstâncias relevantes para a investigação.

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

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

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL.
DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. **MATERIALIDADE.
LAUDO PERICIAL. PROVA SUPRIDA POR OUTROS
MEIOS. AUTORIA. RESPONSABILIDADE
PENAL DO SÓCIO ADMINISTRADOR.**

1. Resta suficientemente demonstrada **a materialidade delitiva com base na notícia de infração penal ambiental, no auto de infração ambiental, no termo de embargo, no levantamento fotográfico, no auto de constatação, bem como nos depoimentos dos policiais militares que evidenciam o corte de árvores nativas do Bioma Mata Atlântica em estágio médio de regeneração, sendo dispensável a elaboração de laudo por perito oficial** mormente se os autores provocaram incêndio na floresta para a limpeza do local, comprometendo assim os vestígios deixados pelo delito e impossibilitando ou dificultando a perícia.

2. A responsabilidade penal do sócio-administrador e da pessoa jurídica resta regularmente demonstrada na hipótese em que este concorre para a realização do crime ordenando a limpeza do terreno e mais, sabendo da prática da conduta típica descrita no artigo 38A da Lei nº 9.605/98 pelo seu preposto, deixou de agir quando podia e devia para evitá-la.

3. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp 1601921/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2016, DJe 16/09/2016. Destaque acrescido)

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

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

A doutrina portuguesa distingue *perícia* de *exame*. Os exames, esclarece Manuel Lopes Maia Gonçalves, “são meios de obtenção de prova. Incidem sobre pessoas, lugares e coisas e limitam-se à mera observação, no sentido de verificar se existem vestígios que possam ter deixado a prática do crime e todos os indícios relativos ao modo como e ao lugar onde foi praticado, às pessoas que o cometeram ou sobre quais foi cometido. As perícias são meios de prova em que a percepção ou apreciação de fatos recolhidos exigem conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos de especialidade (...)”.¹¹

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

A atividade pericial, eminentemente técnico-científica, não se confunde com análise *lato sensu*, a qual pode ser realizada, no caso do exame do

¹¹ Prova pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro/Luis Fernando de Moraes Manzano - São Paulo: Atlas, 2011. Pag. 08/09.

conteúdo das provas ou vestígios obtidos, como aqueles decorrentes de interceptações telefônicas ou de documentos ou de conteúdo de equipamentos digitais, por pessoas concursadas para tanto (como o são os investigadores das polícias e os agentes do ministério público).

Não se trata, assim, de atividade pericial aquela de análise de conteúdo dos vestígios, ou seja, a inteligência e a interpretação em cotejo com os demais elementos de prova dos documentos físicos ou digitais decorrentes de extrações de equipamentos eletrônicos, traduzidas em relatórios de análise ou similar. Note-se que se trata de matéria já tranquila na jurisprudência:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 6º, § 1º, DA LEI Nº 9.296/96 E AO ART. 157 DO CPP. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DEGRAVAÇÕES REALIZADAS POR PERITOS. DESNECESSIDADE. TRANSCRIÇÕES APÓCRIFAS. MERA IRREGULARIDADE. AUSÊNCIA DE EFETIVO PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. OFENSA AO ART. 6º, § 2º, DA LEI Nº 9.296/96 E AO ART. 157 DO CPP. AUTO CIRCUNSTANCIADO. PRESCINDIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE MEMORANDOS SUBSTITUTIVOS. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. OFENSA AO ART. 619 DO CPP. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. REDISSCUSSÃO DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ART. 255/RISTJ. INOBSERVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. É prescindível a realização de perícia para a identificação das vozes, assim como não há necessidade que a perícia ou mesmo a degravação da conversa seja realizadas por peritos oficiais. 2. A ausência de assinatura nas mencionadas transcrições trata-se de mera irregularidade formal, que não tem o condão de ensejar a nulidade do referido procedimento, mormente quando corrigida em tempo hábil. (...) 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 3.655/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 08/06/2011. Destaques acrescidos).

4. DOS CUIDADOS RECOMENDADOS

O legislador destacou a necessidade de cuidados com a documentação da cadeia de custódia, o que vem ao encontro da eficiência e do bom andamento do processo penal.

Ao se deparar com um vestígio, seja em apreensão policial ou do Ministério Público, deve-se avaliar, inicialmente e pelas razões adrede explicitadas, se o objeto é infungível ou fungível.

Na hipótese de infungibilidade do vestígio, dispensa-se a comprovação da cadeia de custódia, sendo ela irrelevante, como regra, já que o elo histórico de posse do bem não interfere em sua autenticidade ou na preservação de sua substância.

Sendo fungível o vestígio, deve-se manter a documentação da cadeia de custódia de forma suficiente para que, questionada em juízo, possa ser avaliada a identidade do objeto e da conservação de sua substância.

Busca-se evitar, ainda que em tese, a perda do valor probatório do vestígio e a produção de provas substitutivas.

Cumpre, assim, ao órgão de investigação decidir quais passos na cadeia de custódia são cruciais a exigir a devida documentação, tendo como finalidade preservar a força probante do vestígio.

Por tais motivos, a descrição dos detalhes característicos do vestígio, no momento da coleta, assume especial importância, de forma que o órgão investigador possa avaliar a dispensabilidade ou não de sua documentação.

Identificada a natureza e descrito o vestígio, a sua lacração se revela procedimento de todo aconselhável, por permitir manter sua individualização e a preservação de substância. O lacre intacto e o recipiente não corrompido são sinais de autenticação estatal de difícil impugnação.

Daí que o art. 158-D, §4º, 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” e que “o lacre rompido deverá ser acondicionado no interior do novo recipiente”.

A mudança de posse do vestígio deve ser documentada, representando uma segurança para sua integridade e possibilitando, pela

identificação dos elos da cadeia, a prova substitutiva, mantendo a força probante do conteúdo coletado.

É, assim, recomendável e suficiente para atendimento da prova da cadeia de custódia:

- o acondicionamento dos vestígios em recipiente adequado à natureza do objeto, com a devida descrição de seus dados individualizantes, preferencialmente em autos próprios e previamente preparados para tal desiderato, com a subsequente lacração;

- a documentação de rompimento de lacre, com a indicação dos motivos, efetuando-se nova lacração do recipiente ao final da diligência, com o lacre rompido armazenado dentro do mesmo recipiente;

- a documentação da transferência de posse do vestígio, possibilitando a identificação dos elos históricos a subsidiar, em caso de necessidade, a manutenção de sua força probante;

Por fim, é recomendável que mesmo antes da apreensão dos vestígios, se disponha de órgão e local destinado para seu armazenamento futuro - após os devidos procedimentos técnicos -, em atenção à previsão das Centrais de Custódia do art. 158-C, caput e art. 158-E e do Provimento nº 10/2020 da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Pese embora a nova regra não tenha trazido previsão legal sobre a alienação antecipada de bens apreendidos, a imposição das Centrais de Custódia trará como consequência direta o assoberbamento dos poucos locais hoje disponíveis para tanto, agravando, ainda mais, os riscos de deterioração e, em se tratando de bens de valor, de depreciação.

Mostra-se, assim, positivo que o Ministério Público adote, consoante já recomendado pelo CNJ¹², sempre que possível e conforme previsto no

¹² Recomendação 30/2010

CPP¹³ e nos diplomas legais específicos¹⁴, as medidas tendentes à alienação antecipada de bens de valor, minorando-se as dificuldades decorrentes das Centrais de Custódia.

4.1 – DOS VESTÍGIOS DIGITAIS

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

É de conhecimento notório, na atualidade, a importância da prova digital, já que muitas e as mais importantes das informações de pessoas e empresas são mantidas em formato digital.

Necessário apontar que os dispositivos de armazenamento de dados eletrônicos como celulares, computadores, HDs, *pen-drives* e outros, são, como regra, infungíveis, individualizáveis por serial/código de série, IMEI, conta de usuário etc.

Sua apreensão, contudo, exige especial cuidado quanto a seu isolamento, sua preservação e manuseio, para evitar modificação do conteúdo de seus dados.

Isso porque a identificação do continente em si (do aparelho ou equipamento, seja celular, computador, HD etc.), não compreende aquela do conteúdo, ou dos dados nele contidos, os quais serão avaliados em exame técnico.

Tanto mais relevante a prova que tais dispositivos oferecem, maiores devem ser os cuidados em sua preservação e seus registros, a fim de manter o impacto de sua força probante.

Diversamente, contudo, a lei não trata, direta ou especificamente, dos vestígios coletados de forma remota (dados estáticos a partir de contas de e-mail, nuvens e celulares em rede), apresentados que são ao

¹³ Art. 144-A, CPP

¹⁴ Art. 4º-A da Lei n. 9.613/98 (Lavagem de Valores) e art. 62 da Lei n. 11.343/06 (Lei Antidrogas)

investigador ou ao Juízo pelas próprias empresas de tecnologia (provedoras) ou operadoras de telefonia.

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

E não havendo correlação com a norma em análise, não se pode exigir do órgão investigador qualquer outra prova documental que não aquela dos trâmites legais para sua aquisição: ofício de requisição (administrativo ou judicial) e mensagens ou missivas de remessa dos dados pela empresa provedora ou operadora.

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

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

Tratando-se a cadeia de custódia de processo histórico, de uma sequência de elos, e sua documentação o retrato desse processo, difícil compreender como se aplicar o sistema atualmente previsto para evidências coletadas antes de sua vigência. Haveria descompasso entre elos e a documentação da cadeia de custódia de nada serviria, já que representaria apenas um dos elos ou alguns deles (aquele praticado após a vigência da lei). Embora composta de fases, a prova da cadeia de custódia só se perfaz com o todo.

Todavia, diante do comando do art. 2º do Código de Processo Penal, não há margens para interpretação diversa: o vetor de aplicabilidade da nova legislação são as etapas previstas no art. 158-B do Código de Processo Penal. Ou seja, só se aplica àquelas fases cujo início tenha ocorrido após a entrada em vigor da Lei 13.964/19. Cada fase representa um compartimento temporal estanque.

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

6. DA CONCLUSÃO

Posto isso, a presente **NOTA TÉCNICA** expressa os seguintes posicionamentos: **a)** a documentação da cadeia de custódia é atividade probatória autônoma, classificada como de segundo grau, cujos vícios não impugnam de ilicitude ou ilegitimidade a prova; **b)** a insuficiência de comprovação da cadeia de custódia ou eventuais irregularidades podem produzir consequências sobre a força probante do vestígio, a ser avaliada judicialmente; **c)** aos órgãos de investigação cabe documentar a cadeia de custódia dos vestígios fungíveis para possibilitar indicações suficientes de identidade e preservação da prova, bem assim adotar, sempre que possível, as cautelas expostas e os modelos disponibilizados pelos órgãos de apoio à execução; **d)** incumbe à Defesa toda e qualquer demonstração de vícios da cadeia de custódia, devendo apresentar indicativos da incorreta identidade do vestígio ou da corrupção de seu conteúdo, sob pena de ser considerada irrelevante, impertinente ou protelatória; **e)** a ausência de perito na coleta do vestígio e nas demais fases da cadeia de custódia não caracteriza irregularidade per si, tampouco a análise de vestígios quando não dependente, neste último caso, de conhecimento técnico específico; **f)** as disposições dos arts. 158-A a 158-E do CPP somente se aplicam às fases da cadeia de custódia realizadas após a vigência da Lei 13.964/19.

São Paulo, 20 de janeiro de 2021.

Grupo de Trabalho - Cadeia de Custódia
Centro de Apoio Operacional Criminal – CAOCrim
Secretaria Especial de Políticas Criminais
Procuradoria-Geral de Justiça