

ENSAIO SOBRE A CADEIA DE CUSTÓDIA E A PROVA DIGITAL

ESSAY ON CHAIN OF CUSTODY AND DIGITAL EVIDENCE

Elisa Ramos Pittaro Neves¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O presente trabalho de pesquisa tem por objetivo realizar algumas ponderações sobre as investigações conduzidas por particulares, especificamente as investigações corporativas, e a arrecadação, armazenamento e posterior utilização das provas digitais. A ausência de regras específicas sobre a *digital evidence*, aliada ao fato de que as investigações internas não possuem previsão legal, fazem com que a observância da cadeia de custódia na prova digital arrecadada nesse tipo de investigação seja algo extremamente complexo.

Palavra-chave: Prova digital. Investigação corporativa. Cadeia de custódia.

Abstract: The present research work is to make some considerations about investigations conducted by individuals, specifically corporate investigations, and the collection, storage and subsequent use of digital evidence. The absence of specific rules on digital evidence, combined with the fact that internal investigations have no legal provision, makes compliance with the chain of custody in digital evidence collected in this type of investigation extremely complex.

Keywords: Digital proof. Corporate investigation. Chain of custody.

1. INTRODUÇÃO

Este ensaio científico pretende trazer algumas reflexões sobre a observância da cadeia de custódia da prova no Processo Penal, com destaque para a prova digital, principalmente quando a prova for obtida em uma investigação privada, como a investigação corporativa.

Apesar de se tratar de uma construção doutrinária e jurisprudencial de grande relevo no ordenamento jurídico norte-americano, caracterizado por seu procedimento adversarial e pelos mecanismos de *discovery* na fases pré-processual, a cadeia de custódia da prova tem adquirido

¹ Doutora em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Pesquisadora do CPJM, Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

relevo legislativo também nos ordenamentos jurídicos de *civil law*,² como uma forma de assegurar a integridade da prova. Ela pode ser conceituada como o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.³

Mesmo que na sua origem a cadeia de custódia esteja associada à prova científica, a necessidade de observância de todas as etapas de arrecadação da prova é mais ampla e pode estar relacionada a qualquer fonte de prova, uma vez que esta prova deverá ser coletada e levada ao processo através de um meio de prova, tal como a juntada de documentos, a realização de perícias, etc.

O Código de Processo Penal Brasileiro exige a preservação da cadeia de custódia apenas nos vestígios materiais do crime, mas gradativamente esse procedimento de arrecadação e preservação da prova foi se tornando ainda mais relevante nas provas imateriais, entre as quais podemos considerar a prova digital.

A imaterialidade e volatilidade da *digital evidence* as deixam mais suscetíveis de variações e alterações intencionais ou até mesmo involuntárias. Por conta de suas peculiaridades, a sua utilização na persecução penal exige cuidados procedimentais com objetivo de assegurar a sua confiabilidade e autenticidade. Esse cenário se torna ainda mais complexo quando a investigação não é conduzida por um órgão oficial, mas por um particular, que instaura uma investigação corporativa e arrecada essas provas no ambiente da empresa, para atender interesses da própria empresa.

Um dos pontos de incertezas e questionamentos gira em torno da confiabilidade e da autenticidade da prova digital obtida nessas circunstâncias. Além disso, como as investigações corporativas são realizadas por particulares, a maneira como os responsáveis por essa investigação poderá zelar pela manutenção da aplicação do art. 158-A do Código Processual é discutível, principalmente quando não existe um regramento específico sobre essa modalidade de investigação no Brasil.

² JANUÁRIO, T. F. X. (2021). Cadeia de custódia da prova e investigações internas empresariais: possibilidades, exigibilidade e consequências processuais penais de sua violação. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 7(2), 1453. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.453>.

³ Código de Processo Penal, disponível em : https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

2. A PRESERVAÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO BRASIL

A cadeia de custódia foi introduzida no Código de Processo Penal Brasileiro pela Lei 13.964 de 2019, conhecida como Pacote Anticrime. Porém, bem antes dessa alteração legal ela já fazia parte da prática penal de todo o país, embora de forma não uniformizada.

Em 2012 o Ministério da Justiça realizou um estudo e elaborou uma espécie de diagnóstico do que hoje chamamos de cadeia de custódia no Brasil. Nele já havia a sinalização da adoção de procedimentos mínimos para a realização das perícias criminais. Esse estudo concluiu que o Brasil não tinha uma normativa geral sobre cadeia de custódia e o mesmo ocorre na grande maioria dos estados, que ainda encontram fragilidades na gestão da atividade pericial. Apesar da ausência de normas formalizadas, foi possível identificar elementos que demonstram a existência mais ou menos consistente de cadeia de custódia nas atividades periciais⁴.

Dois anos após, o Ministério da Justiça realizou outro estudo sobre as perícias criminais no Brasil⁵, seguido da Secretaria Nacional de Segurança Pública, que editou o Procedimento operacional padrão da perícia criminal⁶. No mesmo ano, a Secretaria aprovou a Portaria 82, que estabeleceu as diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios⁷.

A iniciativa do Ministério da Justiça, que resultou na elaboração da portaria, tinha por objetivo a adoção de melhores práticas na elaboração do exame pericial e na produção de procedimentos operacionais padronizados, embora não possuíssem caráter vinculativo.

Em 2018 foi elaborado o PL nº 10.372, redigido por uma Comissão de Juristas e pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes. Essa foi a primeira vez que a matéria foi discutida no nível legislativo, sendo finalmente incorporada na nossa legislação em 2019, pela lei 13.694, que alterou o artigo 158 do código de processo penal.

⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Diagnóstico da perícia criminal no Brasil. Brasília, 2012. Disponível em: <http://dspace.mj.gov.br/handle/1/2310>

⁵ *Idem*. Diagnóstico da perícia criminal no Brasil. Brasília, 2012. Disponível em: <http://dspace.mj.gov.br/handle/1/2310>.

⁶ *Idem*. Procedimento operacional padrão: Perícia Criminal. Brasília/DF, 2013. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-epesquisa/download/pop/procedimento_operacional_padrao-pericia_criminal.pdf

⁷ *Idem*. Portaria nº 82, de 14 de abril de 2014. Estabelece as diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. Diário Oficial da União, seção 1, Brasília, 18 de julho de 2014. Disponível em: <https://diariofiscal.com.br/ZpNbw3dk20XgIKXVGacL5NS8haIoH5PqbJKZaawfaDwCm/legislacaofederal/portaria/2014/senasp82.htm>

De forma acertada Badaró⁸ relaciona a cadeia de custódia com o controle epistêmico da prova. Para o autor, para que uma prova seja válida e legítima, é preciso o trabalho recognitivo desta, ou seja a epistemologia torna-se justamente a atividade de averiguação de todo o trajeto da prova, desde a sua arrecadação até o descarte, para que este não seja maculado e assim possa ser utilizada no processo penal.

A sua observância passa a ser um importante instrumento para a constatação da integralidade, identidade e autenticidade dos vestígios ou indícios delitivos, certificando a lisura de todo o procedimento, até a conversão em evidência probatória. Cada pessoa que tiver contato com o elemento colhido se torna uma espécie de “garante” de sua conservação, razão pela qual é imperiosa a documentação deste percurso.⁹ A consequência prática de estabelecer um procedimento e exigir a sua documentação é que essa atividade permitirá às partes uma maior rastreabilidade das fontes de prova, e assim exercerão de forma mais profunda o contraditório e a ampla defesa.

Todas as etapas da cadeia estão descritas e conceituadas no artigo 158-B do Código Processual Penal, e compreende as seguintes fases: reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte. Cada fase da operação deve ser registrada em ordem cronológica para verificação de sua legalidade e autenticidade. A documentação deve conter as circunstâncias sob as quais as evidências foram colhidas, a identidade dos manipuladores, a duração da custódia, a segurança de armazenagem do elemento probatório e como o vestígio foi transportado pelos responsáveis em cada etapa do procedimento.¹⁰

Os princípios que norteiam cada etapa da cadeia de custódia são a mesmidade e a autenticidade, ou seja, o objetivo de realizar e documentar todas as etapas do procedimento é fazer com que seja possível examinar se os elementos informativos encontrados durante as investigações são os mesmos, e permaneceram íntegros e inalterados para que possam ser utilizados na fase processual e embasar as próximas decisões judiciais.

A quebra da cadeia de custódia em uma investigação oficial poderá trazer consequências negativas para o processo penal. Apesar de Aury Lopes Júnior afirmar que a violação da cadeia

⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia judiciária e prova penal. Ed. Revista dos Tribunais. 2023. P. 63.

⁹ FIGUEROA NAVARRO, María del Carmen. El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Madrid, v. 8, n. 84, p. 5-14, jul./ago. 2011. P. 7.

¹⁰ BADARÓ. Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. P. 657

de custódia torna a prova ilícita¹¹, a jurisprudência vem sendo mais prudente na análise de eventual ilicitude ou vício.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 653.515, cuja relatora foi a Ministra Laurita Vaz, fixou a seguinte orientação: “Respeitando aqueles que defendem a tese de que a violação da cadeia de custódia implica, de plano e por si só, a inadmissibilidade ou a nulidade da prova, de modo a atrair as regras de exclusão da prova ilícita, parece ser mais adequada aquela 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”.

Dada a relevância do procedimento, ele passou a ser exigido para todas as espécies de provas e vestígios, inclusive as provas imateriais, como as digitais. O problema é que não há no Brasil qualquer dispositivo legal que trate da prova digital, e muito menos da sua forma de arrecadação, documentação e rastreamento no Processo Penal. Apesar do vácuo legislativo, ela é utilizada na instrução criminal, pois o nosso sistema probatório não é limitado às provas constantes na legislação, mas as peculiaridades da sua cadeia de custódia é algo que ainda é objeto de debates.

O ideal seria o legislador estabelecer um procedimento próprio para a preservação e arrecadação da prova digital, mas enquanto essa atividade legislativa não acontece, caberá a doutrina e a jurisprudência estabelecerem parâmetros para a sua utilização de forma válida no processo penal.

3. A OBTENÇÃO DE PROVAS POR PARTICULARES

O sistema processual brasileiro está associado aos sistemas jurídicos da *civil law*, cujo modelo existe há muitos séculos. Esse sistema caracteriza-se por extensas investigações oficiais com o objetivo de evitar submeter alguém a um processo sem o mínimo de elementos probatórios. Tradicionalmente as investigações são oficiais, realizadas por servidores públicos e dotadas de credibilidade e isenção. Isso porque o objetivo dessa persecução oficial é a descoberta da verdade. Essa estrutura de processo pode ser definida como um procedimento oficial para apurar a verdade dos fatos, com mais poderes conferidos ao juiz.

¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.P. 414

Nesse contexto, investigações privadas são vistas com certa desconfiança. Imaginar que um particular, e não um órgão oficial, conduzirá uma investigação, implicaria em aceitar que essa investigação privada seria isenta, e não voltada para os seus interesses próprios, uma vez que imediatamente é feita uma comparação com o principal modelo de investigação adotado. Talvez por isso, as investigações privadas, na sua maioria, surgiram e se desenvolveram em países que adotam o chamado modelo adversarial de processo. Neste sistema não se maximiza a descoberta da dinâmica dos fatos, pois a decisão judicial não corresponde a um veredicto da realidade, mas apenas a homologação de um acordo feito pelas partes.¹²

No modelo adversarial cabe às partes dar andamento ao processo e produzir provas, o juiz é inerte. Acusação e defesa possuem a total disponibilidade sobre o andamento do procedimento, de forma que elas decidirão quando e como o conflito será resolvido. Trata-se de um processo em que as partes são os protagonistas e possuem ampla liberdade para investigar e produzir provas.

A polícia tende a ser concebida como um assistente da acusação cuja investigação alimenta principalmente o caso da Promotoria, enquanto em sistemas oriundos da *civil law*, a polícia tende a ser concebida como um órgão oficial e neutro, que conduz uma investigação isenta e que atenderá a todos os atores processuais.

Como o nosso modelo processual se aproxima do escopo do não adversarial, não é comum que particulares conduzam sua própria investigação, apesar de não existir qualquer vedação legal em relação a isso. Pelo contrário, a Lei 13.432/17 regulamentou o exercício da profissão de detetive particular, cujo art. 5º o autoriza a colaborar com investigações policiais em curso.

A origem e o fundamento de legitimidade de investigações feitas por particulares residem na possibilidade da parte obter elementos para realizar um bom acordo, uma vez que estas investigações se desenvolveram em um modelo processual adversarial, um processo de partes, com ampla liberdade probatória. Quando elas ingressam em um modelo não *adversarial*, a sua cultura de processo penal nos leva a considerarmos que a lógica de qualquer investigação é a apuração dos fatos, a reconstrução história do delito mais próxima possível da realidade. Mas as investigações privadas não têm como objetivo a descoberta da verdade, o que acaba gerando indagações e dúvidas sobre a sua legalidade e legitimidade.

¹² DAMASKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority: A comparative approach to the legal process*. Connecticut: Yale University Press, 1986, P. 514 e ss.

4. A QUESTÃO DAS INVESTIGAÇÕES CORPORATIVAS

Em relação a investigação corporativa, as críticas são ainda mais contundentes, pois no final da investigação, os elementos obtidos pela empresa poderão ser compartilhados com as autoridades responsáveis pela persecução. É justamente nesse caso que surgem diversos questionamentos relacionados à licitude das provas arrecadadas, principalmente as digitais. Sem legislação que regule essa modalidade de investigação, e sem critérios legais determinados para a arrecadação e preservação da *digital evidence*, surgem dúvidas sobre a possibilidade dela ser utilizada na persecução criminal. Talvez a solução mais simples fosse impedir a utilização desses elementos informativos obtidos na investigação corporativa na instrução criminal, ou limitar a sua utilização quando o objetivo da investigação fosse apurar alguma irregularidade interna.

Derivadas de programas de *compliance*, as investigações internas são uma espécie de face reativa dos programas de integridade, direcionadas à apuração de condutas ilícitas e criminosas praticadas no interior de uma pessoa jurídica, independente que tais comportamentos tenham sido praticados ou não em benefício da própria empresa. Por isso seria incoerente estimular as empresas a adotarem programas de *compliance*, e ao mesmo tempo, limitar as investigações corporativas, uma vez que se trata de um dos principais mecanismos de fiscalização das atividades empresariais, direcionadas à apuração de condutas ilícitas e criminosas praticadas no interior de uma pessoa jurídica, independente que tais comportamentos tenham sido praticados ou não em benefício da própria empresa.

É certo que as empresas podem monitorar o ambiente de trabalho e supervisionar a atuação de seus empregados, seja com a instalação de câmeras, microfones, verificação de emails corporativos, etc, isso para neutralizar qualquer atitude em desconformidade com o contrato de trabalho e contrária aos seus interesses. Trata-se do exercício regular do direito da empresa de gerenciar seu espaço físico e seus empregados. O limite entre aquilo que se insere no exercício regular do direito da empresa, a forma como a empresa arrecadará os elementos informativos e o aproveitamento desses elementos obtidos na investigação corporativa é o ponto fricção dessa modalidade de investigação privada.

Esse breve ensaio não pretende esgotar os questionamentos levantados, mesmo porque o tema e as questões controversas correlatas serão enfrentados com maior profundidade em

trabalho monográfico, atualmente no prelo.¹³ O objetivo é trazer algumas reflexões e estimular o debate sobre como uma investigação privada observará a cadeia de custódia na prova digital.

5. BIBLIOGRAFIA

BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia judiciária e prova penal. Ed. Revista dos Tribunais, 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Diagnóstico da perícia criminal no Brasil. Brasília, 2012. Disponível em: <http://dspace.mj.gov.br/handle/1/2310>

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, disponível em : https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

DAMASKA, Mirjan. The Faces of Justice and State Authority: A comparative approach to the legal process. Connecticut: Yale University Press, 1986.

FIGUEROA NAVARRO, María del Carmen. El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Madrid, v. 8, n. 84, p. 5-14, jul./ago. 2011.

JANUÁRIO, T. F. X. (2021). Cadeia de custódia da prova e investigações internas empresariais: possibilidades, exigibilidade e consequências processuais penais de sua violação. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 7(2), 1453. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.453>.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

¹³ NEVES, Elisa Pittaro Ramos. Investigações Internas e *criminal compliance*: A validade dos elementos de informação obtidos nas investigações corporativas.

NEVES, Elisa Pittaro Ramos. Investigações Internas e *criminal compliance*: A validade dos elementos de informação obtidos nas investigações corporativas. No prelo.

PORTARIA nº 82, de 14 de abril de 2014. Estabelece as diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. Diário Oficial da União, seção 1, Brasília, 18 de julho de 2014. Disponível em: <https://diariofiscal.com.br/ZpNbw3dk20XgIKXVGacL5NS8haIoH5PqbJKZaawfaDwCm/legislacao/federal/portaria/2014/senasp82.htm>

PROCEDIMENTO OPERACIONAL PADRÃO. Perícia Criminal. Brasília/DF, 2013. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-epesquisa/download/pop/procedimento_operacional_padrao-pericia_criminal.pdf