



**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO ECONÔMICO E
DESENVOLVIMENTO**

**O CUMPRIMENTO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS DO CRIME DE
FORMAÇÃO DE CARTEL**

Rubem Accioly Pires

Orientador: Professor Doutor Orlando Faccini Neto

Brasília

2023

RUBEM ACCIOLY PIRES

**O CUMPRIMENTO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS DO CRIME DE
FORMAÇÃO DE CARTEL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Orlando Faccini Neto

Brasília

2023

RUBEM ACCIOLY PIRES

O CUMPRIMENTO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS DO CRIME DE
FORMAÇÃO DE CARTEL

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito

Brasília, ____ de _____ de _____ .

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orlando Faccini Neto
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Profa. Dra. Danyelle da Silva Galvão
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Prof. Dr. Raquel Mazzuco Sant'ana Possamai
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Minha discrição por vezes não permite a exposição, mas é no gênero feminino que vocês sabem o quão grato eu sou. Se o curso da história restituir a glória, é por causa da mulher. A vocês, por tudo.

Aos meus filhos, que me mostram todos os dias que o melhor momento é o simples abraço de bom dia e o “eu te amo” recíproco.

Nós somos as nossas experiências; ao nosso futuro, então, mas que ele não seja “um museu de grandes novidades”.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à saudade que eu sinto: as lembranças nos confortarão. “A maior homenagem aos falecidos não é tristeza, mas a gratidão de ter desfrutado da presença deles” (T. Wilder).

Agradeço à minha família pelo carinho e compreensão de sempre, tanto pelas horas dispendidas acadêmica e profissionalmente quanto, principalmente, na ausência pelos meus afazeres. Fernanda, Lucas e Gabriel: amor incondicional!

Agradeço ao Cade por todo o suporte profissional, inclusive pela oportunidade a mim conferida por meio de seu programa de bolsas de estudos. Nas pessoas de Alexandre Barreto e Alexandre Cordeiro, eu agradeço por termos um “Lugar Incrível para Trabalhar”. Porque aqui nos preocupamos, acima de tudo, com as pessoas! Ainda, se nossa “área fim” representa nossos braços, nossa “área meio” é o coração, que nos traz sangue e oxigênio para o desenvolvimento das nossas atribuições (com carinho).

Agradeço aos amigos do Cade que me suportam (na dupla acepção da palavra): em nome de Diogo, Fernanda, Carol, Felipe, Guilherme, Luis, Alden e Emmanuel, eu agradeço a todos aqueles que sempre contribuíram para o meu crescimento pessoal e profissional, mas principalmente pela amizade. SG, muito obrigado.

Agradeço, em nome de Ragazzo e Pedro Lyra, aos tantos que fizeram parte desta trajetória e que não estão mais no balcão do SBDC.

Agradeço aos colegas de turma, pelo convívio prazeroso na troca de experiências. Huendel, nós não fomos mandados para a coordenação.

Agradeço aos professores, pelos ensinamentos e experiências. Em especial ao meu orientador, Orlando Faccini Neto. Sua cultura, que impressiona, me mostra o porquê de “*I could spend the rest of my life reading, just satisfying my curiosity because you can hardly mention anything I am not curious about*” (Malcom X).

Agradeço à professora e amiga Tereza Braga, pelos conselhos e paciência fundamentais à concretização do presente trabalho.

Nós somos as nossas experiências, e por isso eu agradeço a todos aqueles que de alguma forma fizeram a minha vida mais completa, mesmo que com um simples sorriso. Espero que eu tenha retribuído. “Cada dia é o dia do julgamento, e nós, com nossos atos e nossas palavras, com nosso silêncio e nossa voz, vamos escrevendo continuamente o livro da vida. A luz veio ao mundo e cada um de nós deve decidir se quer caminhar na luz do altruísmo construtivo ou nas trevas do egoísmo. Portanto, a mais urgente pergunta a ser feita nesta vida é: ‘O que fiz hoje pelos outros?’” (Martin Luther King)

“Sou capaz de adorar a Natureza, e isso preenche minha necessidade de milagres e beleza. A arte dá profundidade espiritual para a existência – e posso encontrar mundos maiores e mais profundos na minha própria música, quadros e livros. Dos meus amigos e familiares recebo a mais alta das benesses, o contato emocional e afirmação pessoal. Eu posso me curvar diante do trabalho do Homem, de edifícios a bebês, e isso preenche minha necessidade de me maravilhar. Eu consigo acreditar na santidade da Vida, e isso se torna a Palavra Revelada, para viver minha própria vida como acredito que deva ser, e não como me mandam os guias assim autoproclamados. Há virtudes sagradas também nesta veneração à Vida: talento artístico, integridade, amor, ideias e descobertas. Sim, até mesmo risos. E nenhum outro sistema permite a causa instintiva primordial: nossa própria existência. Nunca vão pedir que você morra pela Vida. Pelo menos, não por enquanto”.

(Neil Peart – O ciclista mascarado)

“Be a bush if you can’t be a tree. If you can’t be a highway, just be a trail. If you can’t be a sun, be a star. For it isn’t by size that you win or fail. Be the best of whatever you are”.

(Martin Luther King, 26/10/1967, Filadélfia)

RESUMO

A presente dissertação fundou-se sob o prisma do cumprimento da cadeia de custódia da prova do crime de formação de cartel. Abordaram-se os contextos histórico, econômico, social e jurídico que influenciaram a edição da Lei nº 13.964, de 2019, a qual introduziu formalmente o instituto da Cadeia de Custódia de Vestígios no regramento processual penal vigente. Elaborou-se, assim, análise pormenorizada dos procedimentos (rito) então previstos nos artigos 158 e seguintes do Código de Processo Penal (CPP), perpassando, inclusive, a técnica legislativa que acabou por definir a aplicação do instituto para “vestígios”, nitidamente, então, para fase pré-processual, ou seja, de exames periciais obrigatórios. Concluiu-se, pois, pela obrigatoriedade do cumprimento da cadeia de custódia de provas do crime de cartel, de natureza formal, mas pela afastabilidade da necessária observação dos procedimentos previstos no art. 158-B do CPP, eis que, nesse caso, inexistente razão à realização de exame pericial obrigatório, ainda que os procedimentos elencados não afastem de toda a possibilidade de sua aplicação como melhores práticas. Abordaram-se, ainda, as possíveis consequências de eventual quebra da cadeia de custódia. Estudou-se, pois, o crime de formação de cartel, em recorte metodológico ao instituto da cadeia de custódia, em razão da sua complexa produção probatória, além da sua danosidade, haja vista se tratar de um crime corporativo, com extensão decisória e de execução em diversas camadas da empresa, de difícil comprovação e individualização da conduta, adequando-se todos os procedimentos previstos no art. 158-B do CPP a esta realidade. Finalmente, em análise aos procedimentos próprios do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), considerando o cumprimento da cadeia de custódia das provas de infrações à ordem econômica, entendeu-se as provas produzidas em seu processo administrativo próprio como aptas ao empréstimo para processo penal de apuração de crime de cartel.

Palavras-chave: Prova (processo penal). Cadeia de custódia. Crime de cartel. Natureza formal. Prova emprestada. Cade.

ABSTRACT

This dissertation is founded on the prism of complying with the chain of custody for evidence related to the crime of cartel. It addressed the historical, economic, social, and legal contexts that influenced the promulgation of Law No. 13,964 of 2019, which formally introduced the Chain of Custody of Evidence as an institute into the current criminal procedural system. Consequently, a detailed analysis of the procedures (rituals) outlined in Articles 158 and subsequent sections of the Criminal Procedure Code (CPC) was conducted, including an examination of the legislative technique that ultimately defined the application of the institute to "evidence," primarily in the pre-trial phase, specifically during mandatory forensic examinations. Thus, it was concluded that compliance with the chain of custody for evidence related to the crime of cartel is obligatory, albeit with the possibility of not strictly adhering to the procedures outlined in Article 158-B of the CPC in cases where there is no reason to conduct mandatory forensic examinations, although the listed procedures do not entirely rule out their application as best practices. Furthermore, the potential consequences of a breach in the chain of custody were explored. A methodological approach to the institute of chain of custody was applied to the crime of cartel due to its complex evidentiary production and its harmful nature. The crime is corporate in nature, with decision-making and execution spanning multiple layers of a company, making it challenging to prove and individualize their conducts. All procedures outlined in Article 158-B of the CPC are well-suited to this reality. Finally, an analysis of the specific procedures of the Administrative Council for Economic Defense (CADE) was conducted, considering compliance with the chain of custody for evidence related to economic order offenses. It was determined that the evidence produced in its own administrative process is suitable for use in the criminal process for investigating the crime of cartel

Keywords: Evidence (criminal procedure). Chain of custody. Cartel crime. Formal nature. Administrative Council for Economic Defense (Cade). Borrowed evidence.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – As Dez Medidas	16
Tabela 1 – Pesquisa: elementos da cadeia de custódia	20
Gráfico 1 – Pesquisa: percentual de existência de padronização	21

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgRg no AgREsp	Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial
AgRg no HC	Agravo Regimental no <i>Habeas Corpus</i> (STJ)
AgRg no REsp	Agravo Regimental no Recurso Especial (STJ)
AgRg no RHC	Agravo Regimental no Recurso Ordinário em <i>Habeas Corpus</i> (STJ)
ARE AgR-seg	Segundo Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo (STF)
Cade	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CJF	Conselho da Justiça Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
HC	<i>Habeas Corpus</i>
HC Agr	Agravo regimental em <i>Habeas Corpus</i>
IBCCrim	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
LDC	Lei de Defesa da Concorrência
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PL	Projeto de Lei
Rcl	Reclamação
Rcl Agr-Agr	Agravo Regimental em Agravo Regimental em Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso em <i>Habeas Corpus</i>
SDE/MJ	Secretaria de Direito Econômico
Senasp	Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
UFMG	Universidade Federal de Minas Gerais

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	REFLEXÕES INICIAIS SOBRE OS FUNDAMENTOS DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA LEI Nº 13.964/2019	15
2.1	A cadeia de custódia e as Dez Medidas Contra a Corrupção	15
2.2	A preservação da prova como fundamento da cadeia de custódia	24
2.3	A cadeia de custódia no Código de Processo Penal (pós-reforma)	32
3	A PRODUÇÃO PROBATÓRIA E A CADEIA DE CUSTÓDIA	45
3.1	Rastreabilidade e integridade na cadeia de custódia (dos vestígios, das evidências e/ou das provas.)	45
3.2	Breves considerações sobre a quebra da cadeia e seus efeitos	54
4	CADEIA DE CUSTÓDIA E O CRIME (DE FORMAÇÃO) DE CARTEL	69
4.1	Recorte metodológico	69
4.2	Complexidade do tipo penal	71
4.3	Integridade das provas de cartel (etapas da cadeia de custódia)	80
4.3.1	Reconhecimento e isolamento	81
4.3.2	Fixação, coleta e armazenamento	83
4.3.3	Transporte e recebimento	86
4.3.4	Processamento	87
4.3.5	Perícia digital	88
4.3.6	Armazenamento	91
4.3.7	Descarte	92
5	DISPOSIÇÕES FINAIS ACERCA DAS ETAPAS DA CADEIA DE CUSTÓDIA EM CRIMES DE CARTEL	94
5.1	Quebra da cadeia de custódia em crimes de cartel	94
5.2	Da cadeia de custódia no Cade	100
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	107
	REFERÊNCIAS	109

1 INTRODUÇÃO

A inocência e a culpabilidade formam um dueto contraditório e complementar nas ciências criminais. Ao mesmo tempo que parecem antônimos, dependem de um único ente regente para existir: um conjunto probatório idôneo.

Nessa necessidade de se estabelecer um conjunto probatório fiável é que se insere o estudo da chamada cadeia de custódia, presente na própria dogmática do direito penal e decorrente da presunção de inocência e não culpabilidade. Está-se em busca de procedimentos objetivos para dar legitimidade à decisão condenatória, garantindo que o acusado, de fato, tenha inegavelmente sido o autor dos fatos ilícitos a ele imputados.

O então caráter de instrumentalidade do processo penal se manifesta na sua capacidade de equilibrar a persecução dos interesses estatais (ordem e justiça) com a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos acusados. No direito a um julgamento justo, a ordem processual busca mitigar o desequilíbrio do poder que é inerente ao sistema de justiça criminal. Esse caráter instrumental do processo penal não apenas garante a responsabilização de indivíduos por atos ilícitos, mas também protege os valores democráticos e os direitos humanos, conferindo legitimidade ao sistema judicial.

A cadeia de custódia, como atividade processual, não se constitui, entretanto, num fim em si mesma, ao que também será uma das fiadoras da justiça aos crimes de cifra dourada, em que pese os desafios existentes nessa persecução: desde a subnotificação que lhe é inerente, em razão do receio da “denúncia”, por medo de represálias, por exemplo, até a falta de mecanismos eficientes de investigação e, conseqüentemente, de coleta, análise e compartilhamento de dados sobre os próprios crimes¹.

Seria irreal pensar que não existem maiores dificuldades técnicas e operacionais quanto mais sofisticado for o crime. A sofisticação ocorre tanto no caráter de quem pratica quanto no modo como o crime é praticado – da mesma forma que ocorre nos crimes de formação de cartel (ou simplesmente cartel). O conjunto probatório íntegro, idôneo e rastreável será tão mais desafiador quanto necessário.

¹ A evolução do conceito de colarinho branco para cifra dourada (sinônimos para muitos) reside exatamente nessa não apuração (por falta de notificação) dos crimes praticados por uma elite político-econômica.

Por mais que os crimes econômicos dependam da atividade empresarial para existir, isso não significa que as empresas² e as pessoas naturais acusadas também não tenham direito a um conjunto probatório fidedigno.

O Direito Penal sempre encontrou dificuldades em regular a complexidade existente nas relações econômicas. A teoria do delito se confronta, aqui, com a natureza (forma e efeitos) cível e administrativa de comportamentos que vão além daquele ato humano normalmente evitado do simples conceito do (difícil) certo ou errado, que, no máximo, é excludente.

O conflito é, entretanto, político (talvez de egos): como continuar importante sem que se enfrentem questões importantes? Ainda mais num cotidiano em que aquele que já foi o seu principal ativo, a vida (ou a perda não natural dela), se banalizou.

O presente trabalho, contudo, não se presta a discutir a dogmática jurídica por trás da própria criminalização de condutas que extrapolam a normalidade de justas relações econômicas, tampouco o revide da análise econômica do direito. A importância do agora crime econômico é posta, determinada, independentemente da complexidade na conceituação do seu fato típico, antijurídico³. O desafio se encontra não no mundo abstrato, mas na concretude da necessidade de se comprovar esse comportamento (humano). O problema posto é processual.

Dentre os crimes econômicos, o presente estudo se dedicará a analisar a atividade probatória do crime de cartel, caracterizado, pois, como um “acordo” antijurídico, antes de tudo, “apenas” um *trust*. Contudo, não se discutirá a sua natureza de crime formal, pois o legislador assim o fez. O crime é de perigo abstrato, não concreto⁴.

Os cartéis geram graves lesões à economia, ao transferir, em sobrepreço, a renda do consumidor aos infratores. Ainda, efeitos deletérios podem ser observados na falta de competitividade, que estimula a redução de custo e aumento da lucratividade sem investimentos em melhorias (falta de inovação).

A repressão criminal dos cartéis representa um desafio inegável para os sistemas de justiça em todo o mundo. Essas organizações atuam de forma clandestina; os acordos são normalmente secretos (escusos), minam os princípios fundamentais da livre concorrência e prejudicam a economia. Diante de sua complexidade e impacto, a repressão eficaz aos cartéis

² O presente trabalho não se debruçará sobre as questões referentes à reponsabilidade penal da pessoa jurídica – este, certamente, já seria tema para um trabalho específico. Insere-se a empresa como personalidade jurídica para fins do direito penal; entretanto, em razão da repercussão para a sua imagem e possíveis prejuízos inerentes. O trabalho reconhece, claro, a criminalização da pessoa jurídica para crimes ambientais, que permeiam a cifra verde e a cifra dourada (eis que em sua grande maioria, trata-se de incremento econômico), mas este, também, não é objeto de estudo. O recorte metodológico será explicado com mais detalhes no capítulo 4.

³ Por vezes, o trabalho perpassará questões relativas à teoria do delito, quando a questão da produção probatória estiver a ela intrinsecamente relacionada.

⁴ Esse tema será abordado no capítulo 4, sobre a complexidade do tipo penal do crime cartel.

exigirá abordagem investigativa multidisciplinar (econômica, financeira, jurídica etc), por vezes contando com estratégias inovadoras.

Este trabalho seguirá tratando da importância da produção probatória no crime de cartel como premissa, contextualizando primeiramente a sistematização da cadeia de custódia no direito processual penal brasileiro a partir da discussão do contexto social, político, jurídico e econômico que a influenciou. Nessa primeira etapa, assim, buscar-se-á trazer a referência fática que eclodiu na discussão legislativa acerca do regramento legal sobre esse instituto e a própria integridade probatória, bem como descrever-se-á (com certa criticidade, eis que não é o objetivo principal do estudo) qual foi esse resultado normativo.

Em seguida, abordar-se-á a preservação da prova como fundamento da cadeia de custódia, com necessárias reflexões sobre rastreabilidade e integridade – que se espelham na documentação, nos registros que acompanham a “prova” – como limite à arbitrariedade estatal, em prol da fidedignidade da condenação. Neste ponto, ainda, elucidam-se alguns questionamentos sobre as consequências do silêncio legislativo acerca da quebra da cadeia de custódia.

Depois, explicitar-se-á o recorte metodológico do presente trabalho quanto à abordagem das etapas da cadeia de custódia para crimes de cartel, sem minorar ou relativizar a importância do aprofundamento do estudo em relação a outros crimes. Cada etapa do rito instituído no Código de Processo Penal (CPP), será tratada individualmente, adaptando-as aos pontos de atenção referentes à produção probatória desse crime em específico, ao que serão exploradas, ainda, as melhores práticas efetivadas no processo administrativo sancionador do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), considerando a possibilidade de se constituir prova emprestada desse para o processo criminal, como também a atuação conjunta que já existe com os órgãos de persecução criminal.

O presente estudo tem por objeto primário os procedimentos necessários à manutenção de uma cadeia de custódia (íntegra) em crimes de cartel. Serão apontadas possíveis inconsistências do rito prescrito no CPP frente à natureza desse crime, a serem enfrentadas pelos tomadores de decisão.

Essas turbulências identificadas acarretam riscos a serem mitigados pelos responsáveis pelas diligências probatórias, que, se bem geridas, podem assegurar uma cadeia de custódia íntegra e um arcabouço condenatório irrefutável. De forma transversal, pretende-se adequar melhor os procedimentos próprios do Cade à possibilidade de atuação interinstitucional com os órgãos de persecução criminal – essencial, hoje, ao combate desse crime tão singular.

Entende-se que, das observações realizadas para o cumprimento dos objetivos do presente, restará respondida questão prioritária: como garantir a cadeia de custódia de “provas” nos crimes de cartel, à luz da reforma legislativa ocorrida por meio da edição da Lei nº 13.964, de 2019? Considera-se esse questionamento, pois, oportuno aos órgãos de persecução, fiscalização e controle, para que estejam aptos à devida prestação de suas atividades jurisdicionais, ainda que restrito à análise dos crimes de cartel, viável a uma fidedigna produção probatória de amplo espectro criminal.

Para que os objetivos sejam cumpridos, valer-se-á, sob as etapas exploratória e explicativa, de pesquisa bibliográfica e documental (jurisprudencial, bem como de direito comparado), a fim de identificar a aplicabilidade das normas vigentes de cadeia de custódia ao processo de produção de prova do crime de cartel, as quais devem auxiliar na conclusão por procedimentos mínimos que viabilizem essa persecução criminal.

É importante ressaltar que, apesar de não se propor inicialmente a discussão sobre a distinção entre vestígios, evidências e indícios e sobre a análise de outros crimes que não o de cartel, a compreensão mais acurada sobre o instituto do vestígio, bem como a breve observação jurisprudencial sobre o crime de porte ilegal (arma e munição), corroboraram o entendimento, não pretendido inicialmente, de que o rito insculpido no art. 158-B do CPP não é norma cogente a qualquer produção probatória, em específico ao crime de cartel, ainda que a cadeia de custódia seja obrigatória.

2 REFLEXÕES INICIAIS SOBRE OS FUNDAMENTOS DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA LEI Nº 13.964/2019

Este capítulo tratará da inserção do instituto da cadeia de custódia na legislação brasileira, considerando (como fonte) a situação política, econômica e social (e jurídica) que permearam o movimento denominado Dez Medidas Contra a Corrupção (ou apenas Dez Medidas), bem como a própria preservação da prova como fundamento do instituto processual da cadeia de custódia.

Não é escopo do presente trabalho estudar profundamente o processo legislativo⁵ decorrente do citado movimento, tampouco se discutirão as alterações ocorridas no trâmite do Pacote Anticrime, que resultou na edição da Lei nº 13.964/2019⁶ e que positiva o instituto da cadeia de custódia, objeto do presente estudo.

O presente não se incumbe, também, de adentrar em questões dogmáticas sobre a relação entre o processo penal e a verdade real, apenas perpassando o tema, em razão de sua relevância principiológica para o direito à prova e à sua preservação, como fundamentos da cadeia de custódia.

Finalmente, neste ponto, abordar-se-ão os termos positivados após a reforma legislativa de 2019, decorrentes da conjuntura que será demonstrada, na tentativa de alinhar como o instituto da cadeia de custódia acabou inserido no CPP, e proceder-se-á a uma breve conceituação de vestígios, para, também, servir de delimitador do presente trabalho.

2.1 A cadeia de custódia e as Dez Medidas Contra a Corrupção

Criada em 2015 pelo Ministério Público Federal, a ideia das Dez Medidas (Figura 1) contemplava a discussão e o aprimoramento legislativo da prevenção e do combate à corrupção e à impunidade. Assuntos atinentes à transparência, eficiência no processo penal, ampliação do rol de ilícitos de improbidade administrativa e ilegalidades eleitorais, bem como à alteração das regras de admissibilidade de provas ilícitas, entre outros, tinham o condão de, por um lado, ampliar a capacidade punitiva do Estado e, de outro, desburocratizar o processo penal pátrio.

⁵ Os projetos citados no presente estudo serão analisados de forma histórica (conjuntural), como razão para a reforma processual penal ocorrida.

⁶ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal, 24 de dezembro de 2019. [2019a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 5 jul. 2023.

Tal agenda ministerial resultou na edição de diversos projetos de lei⁷ de iniciativa popular, entre as quais está a PL nº 4.850/16⁸.

Figura 1 – As Dez Medidas



Fonte: Ministério Público Federal (BRASIL, 200-).

⁷ As medidas (legislativas) visavam aperfeiçoar o sistema legal para tornar mais eficiente o combate à corrupção no país. Principais projetos de lei que faziam parte desse conjunto: (1) Projeto de Lei 4850/2016: Trata do crime de enriquecimento ilícito de agentes públicos, com a possibilidade de perda dos bens obtidos de forma ilícita; (2) Projeto de Lei 4851/2016: Propõe mudanças nas regras sobre o confisco alargado de bens de origem ilícita, de forma a combater a lavagem de dinheiro; (3) Projeto de Lei 4852/2016: Propõe a criminalização do caixa 2 em campanhas eleitorais; (4) Projeto de Lei 4853/2016: Trata das regras de prescrição dos crimes relacionados à corrupção; (5) Projeto de Lei 4854/2016: Propõe alterações nas regras de prescrição para crimes graves, como os de corrupção; (6) Projeto de Lei 4855/2016: Trata do sistema de prescrição penal para crimes praticados por organização criminosa; (7) Projeto de Lei 4856/2016: Propõe a responsabilização de partidos políticos e a criminalização da chamada “caixa 2” eleitoral; (8) Projeto de Lei 4857/2016: Propõe alterações no Código de Processo Penal para agilizar a tramitação de ações penais; (9) Projeto de Lei 4858/2016: Trata da reformulação das regras de acordo de leniência, que permite que empresas colaborem em investigações e recebam benefícios em troca; e (10) Projeto de Lei 4859/2016: Propõe a criminalização do chamado “acordão”, que é um acordo entre partes envolvidas em processos criminais para retardar ou interromper a tramitação das ações.

⁸ Destaca-se o citado projeto em razão de entender-se o mesmo como o que melhor representa a pauta ministerial, ao tratar de medidas de combate à impunidade e à corrupção, pelo que previa, dentre outras, a alteração das regras de admissibilidade de provas ilícitas (de modo mais permissivo), tema este que, em seu trâmite, acabou integralmente suprimido em emenda substitutiva (PL nº 3.855/2019). BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.855, de 29 de março de 2016. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>. Acesso em: 5 jul. 2023.

Destaca-se que o citado projeto, inclusive, não logrou aprovação. Sua tramitação foi conturbada, com sucessivos adiamentos e tentativas de emendas com assuntos que abrandariam o espírito de combate à corrupção inscrito na concepção inicial. Isso porque muitos dos conceitos poderiam afetar mandatos de integrantes da legislatura vigente e poderiam estremecer algumas práticas empresariais já enraizadas no contexto brasileiro. Além disso, muitas iniciativas teriam o condão de alterar o atual *status* de poder de classes políticas ou ideológicas com a proibição de certas condutas, razão pela qual foi intensificado um *lobby* de desidratação dessa ideia do Ministério Público⁹.

As Dez Medidas guardam relação intrínseca com as investigações do Caso Lava Jato¹⁰. A forte repercussão midiática alcançada tornou possível que esse movimento atingisse o número de assinaturas suficientes para a apresentação de projetos de iniciativa popular sobre o endurecimento ao combate à corrupção e à impunidade.

Esse “sucesso”, entretanto, é precedido pela crise político-social instaurada em decorrência da forte repressão policial à manifestação estudantil enraizada em movimento contra o aumento da tarifa de transporte urbano ocorrido em junho de 2013. Ao lado da discussão desse aumento tarifário, várias outras pautas acabaram sendo motivo da crítica popular, como as iniciativas legislativas para reduzir o poder investigativo do Ministério Público.

Em sua tese sobre o que chama de “a razão dos centavos”, em que trata das revoltas de 2013, sob um aspecto de política urbana e social, Andrés (2022, p. 354) afirma que:

Os fatos de 13 de junho produziram uma comoção nacional, trazendo o ingrediente que faltava para a explosão das manifestações: em meio ao aumento de tarifas em capitais e à realização de jogos internacionais cuja submissão aos interesses da Fifa produzia sentimentos de injustiça, veio a indignação contra a violência policial e o cerceamento ao direito de protestar. Quando o vento virou para o lado dos manifestantes, a situação escalou numa velocidade avassaladora.

No presente caso, é possível observar, ainda, como ocorre o processo legislativo na internalização de interesses populares frente aos interesses de classes (oligárquicas) com maior representatividade (força) política. É que as pautas defendidas pelo Ministério Público acabaram encontrando ressonância em um movimento que ganhou as ruas (no sentido de clamor e representatividade social), mas que acabou arrefecendo. Esse arrefecimento pode ser encarado

⁹ Não se pretende discutir a tecnicidade das propostas legislativas, tampouco suas razoabilidades frente ao trâmite do processo (político) legislativo, apenas contextualizar como ocorreu a reforma legislativa estudada no presente. Para melhor entendimento, *vide* Alves e Coura (2016), Alves (2016) e Sassine (2016).

¹⁰ A Operação Lava Jato é uma investigação de grande magnitude que teve início no Brasil em março de 2014, tendo como foco o combate à corrupção. *Vide* Brasil (200-a).

de duas maneiras do ponto de vista técnico: como simplesmente disruptivo da vontade popular, prevalecendo a vontade de grupos mais influentes, ou como uma possibilidade de uma discussão técnica mais aprofundada, sem a necessidade de uma urgência momentânea influenciada por uma inflamada passionalidade.

A pauta acaba se alterando em uma discussão para, dentre outras, instituir o voto secreto de parlamentares para avaliação de manutenção de mandato de deputado ou senador acusado de corrupção, bem como para aumentar o escopo do foro por prerrogativa de função, as quais pareciam elucidar um arranjo político para minimizar a repressão a ilícitos ligados à corrupção (SANTOS, 2022)

Explica-se: as Dez Medidas possuem natureza penal, processual penal ou mista, razão pela qual suas propostas foram intensamente debatidas e modificadas nas casas legislativas federais brasileiras. Em deliberação na Câmara dos Deputados, por exemplo, parcela delas chegou a ser absorvida na edição da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime¹¹) (originalmente PL nº 882/2019¹², juntado ao PL nº 10372/2018¹³, compilando o que havia de consenso entre os diversos espectros políticos na otimização da instrução processual. Outros pontos, especialmente os de admissibilidade de prova, ainda carecem de refinamento legislativo e discussão social.

Diante da observação de todo o processo legislativo desde o movimento político do Ministério Público Federal, incluindo a obtenção das duas milhões de assinaturas de cidadãos brasileiros que viabilizaram a apresentação dos projetos, até a edição da Lei nº 13.964/2019, a

¹¹ O Pacote Anticrime constitui-se de um conjunto de reformas e alterações legislativas propostas sobre o sistema penal brasileiro, com o objetivo de fortalecer o combate à criminalidade e aprimorar o sistema de justiça criminal no país. Foi apresentado pelo Poder Executivo, na pessoa do então Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, e abrange diversos aspectos do direito penal e processual penal.

¹² BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 882/2019, de 19 de fevereiro de 2019. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Brasília, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL%20882/2019. Acesso em: 30 jun. 2023.

¹³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 10.372, de 06 de junho de 2018. Introduz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. Brasília, 2018. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497&filename=PL%2010372/2018. Acesso em: 4 jul. 2023.

política criminal passou a discutir de forma mais pungente temas relativos à liberdade, ao devido processo legal, à impunidade e aos interesses da sociedade e do poder legislativo.

Um dos assuntos de maior inovação legislativa dessa lei é a cadeia de custódia, que possuía boa parte de sua regulamentação feita pela prática dos tribunais e pela solução de problemas caso a caso. Isso significa reconhecer que a cadeia de custódia não tinha um tratamento legislativo uniforme, porém já era exigida na prática jurisdicional e investigativa em todo o Brasil.

Tal contexto criava também uma assimetria entre as unidades federativas e originava um problema quando o crime envolvia mais de um estado, por exemplo, e, portanto, mais de uma regra sobre manutenção da cadeia de custódia, ainda que já existisse uma tentativa de uniformização anterior à reforma legislativa.

Essa tentativa de uniformização ocorreu principalmente na edição (1) do Diagnóstico da Cadeia de Custódia no Brasil¹⁴, (2) do Procedimento Operacional Padrão – Perícia Criminal, da Secretaria Nacional de Segurança Pública¹⁵ e, conseqüentemente, (3) da Portaria nº 82/2014, da Secretaria Nacional de Segurança Pública¹⁶, sendo esta última praticamente o texto que prevaleceu na reforma legislativa¹⁷.

Destaca-se que as iniciativas ocorridas no Ministério da Justiça, até a edição da citada portaria, eram pelo entendimento da adoção de melhores práticas tanto do ponto de vista da prática jurisdicional como pela observação de princípios gerais de direito penal e de processo penal, na “tarefa de produzir procedimentos operacionais padronizados”¹⁸. Não havia caráter vinculativo.

¹⁴ 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>. Acesso em: 12 jul. 2023.

¹⁵ *Idem*. Procedimento operacional padrão: Perícia Criminal. Brasília/DF, 2013. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/pop/procedimento_operacional_padrao-pericia_criminal.pdf. Acesso em: 11 jul. 2023.

¹⁶ *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>. Acesso em: 21 jun. 2023.

¹⁷ Ainda sobre tema, o Cade publica, em 2017, (ou seja, anteriormente à reforma legislativa de 2019) o guia Diligências de Busca e Apreensão Cíveis: informações gerais sobre operacionalização. O texto, apesar de não fazer referência específica ao termo cadeia de custódia, traz a visão da autarquia sobre os procedimentos que são adotados em diligências de busca e apreensão, inclusive na coleta, transporte, armazenamento, triagem e devolução do material apreendido. Trata-se de iniciativa inédita no que tange à processos administrativos sancionadores, fora do segmento criminal. CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Diligências de busca e apreensão cíveis: informações gerais sobre operacionalização. Brasília, 2017. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-e-manuais-administrativos-e-procedimentais/manual-de-operacoes-de-busca-e-apreensao.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2023.

¹⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Procedimento operacional padrão: Perícia Criminal. Brasília/DF, 2013. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua->

O estudo Diagnóstico da Cadeia de Custódia no Brasil, editado em 2012, por exemplo, já apontava iniciativas de implementação de procedimentos mínimos, sob um cenário da inexistência de norma sobre o tema:

O Brasil não tem 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 é possível, porém, identificar elementos que demonstram a existência mais ou menos consistente de cadeia de custódia nas atividades periciais.¹⁹

A fragilidade dos procedimentos adotados pôde ser constatada em pesquisa que consta no próprio documento. Os resultados apresentam-se na Tabela 1 e no Gráfico 1, a seguir, e demonstram que, apesar da existência de iniciativas, a maioria das unidades centrais de criminalística não observavam a cadeia de custódia nas atividades periciais, bem como não possuíam procedimentos operacionais padronizados em relação à coleta de vestígios, inclusive em relação ao seu processamento.

Tabela 1 – Pesquisa: elementos da cadeia de custódia

Perguntas	Respostas	
	Sim	Não
Há registro numérico da evidência no local de crime?	10	17
As evidências são lacradas no local de crime?	10	17
Há protocolo de recebimento e encaminhamento de evidências dentro da Unidade?	20	7
Há local seguro para guarda das evidências?	6	21
O local da guarda preserva as características das evidências?	9	18
O manuseio das evidências é feito apenas por profissionais responsáveis pela cadeia?	17	10
Existe rastreabilidade do manuseio das evidências (registro formal)?	7	20
Os procedimentos da cadeia de custódia são de conhecimento dos peritos?	18	9

Fonte: Brasil (2012, p. 72)

seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/pop/procedimento_operacional_padrao-pericia_criminal.pdf. Acesso em: 11 jul. 2023. P. 7.

¹⁹ *Idem.* Diagnóstico da perícia criminal no Brasil. Brasília, 2012. Disponível em: <http://dspace.mj.gov.br/handle/1/2310>. Acesso em: 12 jul. 2023. P. 70.

Gráfico 1 – Pesquisa: percentual de existência de padronização



Fonte: Brasil (2012, p. 73)

Ainda que seja possível olhar os resultados como uma iniciativa, apesar da inexistência normativa, os números coletados não deixavam de ser alarmantes:

Mais da metade das unidades centrais de Criminalística [...], de Medicina Legal [...] e de Identificação [...] responderam que os vestígios não são lacrados quando coletados no local de crime e não são guardados em local seguro e que preserve suas características. Não há também rastreabilidade dos vestígios na maioria dessas unidades. Em conjunto, esses dados apontam para a inexistência de procedimentos de cadeia de custódia na Criminalística. O que funciona, enfim, é tão somente a parte burocrática pertinente ao protocolo de recebimento e encaminhamento dos vestígios dentro das unidades [...] As unidades centrais de Criminalística e Identificação também foram perguntadas sobre a existência de material adequado para acondicionamento dos vestígios. Somente 5 unidades centrais de Criminalística e 1 de Identificação apontaram que esse material existe sempre²⁰.

Considerando os dados, é possível afirmar que, até então, os procedimentos referentes à observação da cadeia de custódia estavam significativamente relacionados às iniciativas dos órgãos de persecução sob a arbitragem do Poder Judiciário (em casos concretos), as quais acabavam por construir o regramento a ser seguido. Considerando que há mais de 18 mil magistrados no Brasil²¹, em uma federação de realidades estatais muito díspares, poderiam ser exarados, em tese, mais de 18 mil entendimentos distintos sobre o que poderia ser ou não íntegro em uma cadeia de custódia.

²⁰ *Ibidem*. P. 70-71.

²¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros. 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdbcb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf. Acesso em: 11 jul. 2023. P. 5.

Em termos de política criminal, é importante destacar que o legislador observa, então, que as medidas judiciais passam a não ser suficientes para a consecução da justa produção probatória. As Dez Medidas impulsionaram a reforma criminal que se encerrou na promulgação da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), com justa inclusão dos dispositivos relativos à cadeia de custódia, os quais, até então, estavam ainda sem a devida regulamentação.

É importante esclarecer que os movimentos políticos, econômicos e sociais (a exemplo das manifestações de 2013, das Dez Medidas, do chamado “lavajatismo” e do Pacote Anticrime) não se constituem, em termos legiferantes, como um fim em si mesmos; são influenciadores, pois o tema da produção probatória é sempre discutido em qualquer jurisdição, no caso, principalmente, quando se observa a relação com o combate à corrupção e à impunidade: a cadeia de custódia da evidência, por exemplo, carecia de regulamentação cogente em norma processual, apesar de a Portaria nº 82/2014 ter estabelecido normas sobre o assunto e da doutrina ter identificado, por meio de uma interpretação sistemática, a exigência de documentação da cadeia de custódia da prova nos termos do artigo 6º, incisos I e III, do Código de Processo Penal²² (BORRI; SOARES, 2020).

Borri e Soares (2020), inclusive, abordam o relacionamento da narrativa construída para o relacionamento entre o Pacote Anticrime e a incorporação, em si, da cadeia de custódia na Lei nº 13.694/2019. Acertadamente, os autores afirmam que, na realidade, essa normatização é derivada, não dos projetos de lei do Pacote, mas, sim, da discussão ocorrida no PL nº 10.372/2018, elaborado por uma Comissão de Juristas e pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, que acaba por anexar os projetos do Poder Executivo (Ministério da Justiça e da Segurança Pública)²³.

Passa, então, a cadeia de custódia a ser definitivamente incorporada à legislação pátria nos termos do art. 158-A do CPP²⁴, nos seguintes termos:

Art. 158-A. 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.

²² Art. 6o Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; (...) III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.

²³ Borri e Soares (2020) fazem alusão, ainda, ao fato de que a proposta do Poder Executivo seria mais simples, na alteração das Leis nº 12.850/2013 e 9.296/96, do que foi efetivada na edição da norma de 2019, apesar de ainda perdurarem críticas à insuficiência da regulamentação do assunto e a possível inconsistência na redação dos dispositivos.

²⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 02 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, 13 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 4 jul. 2023.

Observa-se que tal dispositivo explicita a finalidade da cadeia de custódia, que é “manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado” e “rastrear sua posse e manuseio”, finalidade que já vem sendo discutida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em que resta claro que o material recolhido pelo investigador deva ser rastreável, íntegro e passível de ser analisado a qualquer momento, tanto pelos investigados quanto pelos demais agentes públicos envolvidos no processamento probatório e julgamento:

A principal finalidade da cadeia de custódia é garantir que os vestígios deixados no mundo material por uma infração penal correspondem exatamente àqueles arrecadados pela polícia, examinados e apresentados em juízo. [...] É ônus do Estado comprovar a integridade e confiabilidade das fontes de prova por ele apresentadas²⁵.

A mencionada definição perpassa núcleos semânticos importantes, nesta ordem: procedimento, coleta, posse e manuseio (e a partir de... até). O procedimento contempla os três núcleos subsequentes, razão pela qual se dá a eles atenção neste estudo para abordar os principais conceitos e desafios que circundam a cadeia de custódia no direito brasileiro.

Isto posto, a instituição da cadeia de custódia, devidamente estabelecida na legislação pátria, atende aos anseios da sociedade nas pautas que foram incluídas nas manifestações de 2013²⁶ que cobraram um estado mais justo e transparente, ao que se pode concluir ser a reforma consectária lógica das Dez Medidas, embora tal relação de causa-consequência não seja mencionada explicitamente no núcleo semântico do rol ora divulgado.

É importante destacar que o tema vem sendo tratado com a devida importância pelos órgãos de persecução criminal. A título de exemplo, podem-se elencar as seguintes obras editadas pelo Poder Público: Manual de Cadeia de Custódia, da Polícia Civil do Espírito Santo²⁷; Orientações para Preservação da Cadeia de Custódia de Vestígios Digitais, do

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no RHC nº 143169. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 07 de fevereiro de 2023. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 02 de março de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=178069980®istro_numero=202100573956&publicacao_data=20230302&peticao_numero=202200877923. Acesso em: 12 jul. 2023.

²⁶ Em referência aos protestos de 2013, Estillac (2023), ao comentar as apurações de Roberto Andrés no livro *A razão dos centavos: Crise urbana, vida democrática e as revoltas de 2013*, afirma que: “A multiplicidade de pautas é visualmente verificável quando se analisa fotos das jornadas de junho com atenção aos cartazes levados às ruas. Esse exercício foi feito por Roberto Andrés, que montou uma equipe que catalogou mais de 6 mil mensagens do período e as categorizou. Os temas percebidos atestam a diversidade das reivindicações que somam centenas de exemplos de reivindicações por saúde, educação, segurança, mobilidade, mídia, economia, justiça social, democracia, corrupção, PEC 37, feminismo, direitos LGBTQIA+, direitos sociais e violência policial, entre outros”.

²⁷ ESPÍRITO SANTO. Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social. Polícia Civil. Superintendência de Polícia Técnico-Científica. Manual de Cadeia de Custódia – PCES. Disponível em: https://pc.es.gov.br/Media/PCES/2021/Manual%20de%20Cadeia%20de%20Cust%C3%B3dia_final.pdf. Acesso em: 11 jul. 2023.

Ministério Público Federal²⁸; Protocolo de Atuação: Busca e Apreensão, do Ministério Público do Estado do Paraná²⁹, e a Resolução nº 8.160, de 26 de fevereiro de 2021, da Polícia Civil de Minas Gerais³⁰.

Da origem histórica, que justificou a regulamentação do instituto da cadeia de custódia, acrescentando-se a sua razão de existir, que é preservar a prova³¹ da materialidade do crime ora investigado, tema central à reforma legislativa de 2019, a ser abordado no próximo item.

2.2 A preservação da prova como fundamento da cadeia de custódia

A cadeia de custódia está relacionada intrinsecamente ao controle epistêmico da prova³². A finalidade, em si, é o direito ao processo justo (legítimo), em que sejam observadas as garantias constitucionais asseguradas a todos, tanto aos acusados como também ao próprio

²⁸ BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de Perícia, Pesquisa e Análise. Orientações para a preservação da cadeia de custódia de vestígios digitais: com base na Lei Anticrime nº 13.964/2019. Brasília: MPF, 2020. Disponível em: <http://intranet.mpf.mp.br/areas-tematicas/gabinete-pgr/pericia-pesquisa-e-analise/publicacoes-e-manuais/relatorios-1>. Acesso em: 22 jun. 2023.

²⁹ PARANÁ. Ministério Público. Centro de Apoio Operacional das Promotorias. Protocolo de Atuação: Busca e Apreensão. Curitiba, 2019. Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Protocolo_Busca_e_Apreensao_com_fluxograma1.pdf. Acesso em: 11 jul. 2023.

³⁰ MINAS GERAIS. Polícia Civil de Minas Gerais. Resolução nº 8.160, de 25 de fevereiro de 2021. Define diretrizes para atuação dos servidores da Polícia Civil de Minas Gerais na cadeia de custódia da prova. Diário Oficial, Belo Horizonte, 26 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/628330798/RESOLUCAO-PCMG-8160-2021>. Acesso em: 10 jul. 2023.

³¹ Neste momento se está tratando da cadeia de custódia da prova, apesar de a norma ser explícita para “vestígios”. A nomenclatura deve ser entendida de forma generalista. O tema será abordado detalhadamente no capítulo 3 do presente estudo.

³² Segundo Badaró (2018, p. 52-54), no contexto do processo penal, a busca por provas é moldada por conceitos e estruturas próprias do mundo jurídico. Apesar das regras legais que regem a produção de provas, é insuficiente presumir que o processo não possa visar estabelecer uma verdade controlável, segundo critérios lógicos e epistemológicos. Métodos da teoria do conhecimento são essenciais para o processo, como epistemologia judiciária, compreendendo os critérios e instrumentos usados pelos juízes para aquisição de dados decisivos (citando Ubertis). Essa interação entre processo e epistemologia não é uma categoria peculiar e especializada dentro da epistemologia, que é a teoria filosófica do conhecimento. É a aplicação de conceitos dessa teoria no contexto judicial. Se faz, inclusive, importante no que se refere à prova, já que a sua preocupação central é entender o que constitui uma prova, como ela é organizada e o que a torna mais ou menos convincente, forte ou fraca (citando Susan Haack).

Estado (persecutor)³³, sob o controle necessário do Poder Judiciário³⁴, a quem caberá a valoração fática e processual do que se encontra no mundo jurídico³⁵.

Como já explicitado, os procedimentos relacionados à obtenção e à preservação da prova passaram a ter importância majorada nos últimos anos no direito brasileiro, resultando, inclusive, na reforma legislativa que incluiu o art. 158-B do CPP³⁶. A preservação, em si, é

³³ A atividade de persecução do Estado é atividade essencial que protege o cidadão, tanto o “de bem” quanto aquele que necessita de correção. Impedir a atividade é atentar ao próprio Estado (democrático) de Direito, às garantias necessárias à sociedade, que também é preservada pela força do Estado. Não se obsta, entretanto, o devido controle da atividade, onde reside a possibilidade do abuso frente à obtenção do poder. Esta última, inclusive, é a própria razão do sistema de *checks and balances* (freios e contrapesos). Segundo Malan (2016, p. 214), ao citar o entendimento do professor Jorge de Figueiredo Dias, a ideia de poder persecutório do Estado em observância às garantias fundamentais é nomeada como “a desejável concordância prática [...] entre as duas finalidades antitéticas do Direito Processual Penal: eficácia na realização da justiça e proteção dos direitos fundamentais do cidadão”. Malan (2016, p. 214-215) complementa ainda suas observações sobre o direito processual penal afirmando que o mesmo é “estruturado teórico-conceitualmente como um conjunto de técnicas de controle racional das práticas e procedimentos persecutórios do Estado. Assim, a sua função precípua é funcionar como dique de contenção do poder punitivo, filtrando somente as práticas e procedimentos persecutórios que sejam estritamente constitucionais, convencionais, legais e racionais”.

³⁴ “O Juiz criminal no Estado Democrático de Direito tem o papel de filtrar de modo implacável as pretensões, práticas e procedimentos persecutórios do Estado, impedindo aqueles que não sejam claramente constitucionais, convencionais, legais e racionais. Para desempenhar essa importante função o Magistrado dispõe da dogmática do Direito Processual Penal” (MALAN. 2016, p. 215).

³⁵ Ao tratar da fundamentação das decisões judiciais, sobre a valoração das provas, Badaró (2018, p. 75) afirma que: “[...] o contexto da justificação é diverso no campo do direito e das ciências. Neste, o contexto da justificação corresponde à fase final de uma pesquisa, em que as provas obtidas são utilizadas para comparar com a hipótese inicial gerada no contexto da descoberta. É o momento de defesa da hipótese, mediante testes ou métodos de verificação que a comprove. Diverso, porém, é o significado do contexto da justificação, no plano da epistemologia jurídica. O juiz irá, por meio da fundamentação da sua decisão, utilizar os meios de prova quando a decisão já está tomada, com a escolha da hipótese sobre os fatos que parece mais atendível. A prova assume a função de um elemento de justificação da decisão sobre os fatos, fornecendo elementos de confirmação ou de suporte racional da hipótese escolhida como afirmação verdadeira sobre tal fato”.

³⁶ Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas: I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial; II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime; III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento; IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza; V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento; VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse; VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu; VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito; IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente; X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial.

assunto que inexoravelmente se relaciona com a cadeia de custódia de maneira conceitual e (desde 2019) normativa.

Essa importância se acentua na discussão de pertinência e relevância probatória, do próprio direito à prova, de seus meios e sua admissão. A própria concepção de verdade passa a se estruturar, então, de forma processual. Sua importância não se discute, mas sua admissão, sim³⁷.

Nesse ponto, tratando-se de um sistema probatório, cabe observar que a tão almejada verdade real passa a ser colocada em segundo plano. Não se pode dizer que foi extinta, mas perde força diante da visão de erros históricos associados a um autoritarismo penal em que os fins justificariam os meios, independentemente de qualquer respeito à dignidade humana.

Não se pode aqui confundir a presença de traços inquisitivos do Sistema Penal Brasileiro com a falta de regramento que protege garantias fundamentais (insculpidas principalmente no art. 5º de nossa Carta Magna), referentes ao processo justo, baseado na presunção de inocência, em que daí se poderia ter processos inquisitoriais. Há que se observar, inclusive, a existência de controle de constitucionalidade a sanar as concretas e abstratas impropriedades normativas e conseqüentemente indevidos (ilícitos) atos de agentes públicos.

Assim, a verdade é controle epistêmico enquanto o processo é meio (forma) da justiça³⁸, conforme apresentado por Prado (2014, p. 39):

O êxito da tarefa de reorientação do dispositivo processual, fundamental para a operatividade da categoria verdade no âmbito do processo penal, como indicador epistêmico, demanda a introdução de métodos e práticas probatórios de verificação dos fatos que possam ser efetivamente confrontados em contraditório e testados relativamente ao seu potencial de explicação da realidade.

A cadeia de custódia é, assim, ferramenta de controle epistêmico. Consiste, pois, em instrumento de confiabilidade da preservação da fonte da prova e oferece, sim, maiores garantias de um processo penal adequado aos princípios do Estado de Direito (PRADO, 2014, p. 39). É paradigma da preservação da prova.

Do ponto de vista do direito, da política criminal, anteriormente à edição da Lei nº 13.964/2019, da cadeia de custódia, tinha-se algum cuidado jurisprudencial (tratado também do

³⁷ Segundo Badaró (2018 p. 47), sobre prova e verdade, a redução da importância desta última “não autoriza que se rompa toda e qualquer conexão entre o conhecimento e a realidade”. Ainda que se admita a premissa epistemológica que aceita a verdade como correspondência, é importante reconhecer que uma identidade absoluta não é alcançável. Mesmo sem certeza (absoluta) sobre a verdade, é fundamental que um modelo justo de processo, especialmente em contextos punitivos ou sancionatórios, incorpore sua noção – mesmo que inatingível – como um elemento de legitimação de seu resultado e critério de equidade.

³⁸ O processo se torna (é) baliza para a obtenção da verdade (no puro conceito daquilo que é percebido pelo magistrado).

ponto de vista abstrato, ainda que a locução substantiva não estivesse positivada na norma processual): sucessivas preliminares processuais de quebra da cadeia de custódia levantadas pelas partes acusadas e as distintas – e não necessariamente incorretas – formas de tratamento da prova por agentes públicos foram cruciais para trazer o tema à agenda política nacional.

O problema, antes isolado, passou, então, a ser um problema público³⁹, o que, na concepção de Secchi (2016, p. 5), seria “a distância entre o *status quo* e uma situação ideal possível para a realidade pública. Trata-se de um conceito plural e intersubjetivo, ou seja, ele só existe se incomoda uma quantidade ou qualidade considerável de atores”.

Nesse sentido, a formação da política pública, sob o ponto de vista legislativo, precisava que essa celeuma se agravasse ao ponto de abalar a situação fática – do ponto de vista difuso – o suficiente para se construir uma agenda em volta do tema⁴⁰, que, como informado, acaba aderindo ao tema do combate à impunidade. A política pública visa, pois, a correção do problema público.

E nessa formação de agenda é que as diretrizes legais se multiplicaram em debates e textos a fim de dimensionar novos horizontes para a cadeia de custódia, fundamentados em consolidados matizes enraizados na Constituição.

A importância da preservação da prova (sob o conceito empírico, doutrinário e jurisprudencial) tem fundamento no dogma constitucional de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”⁴¹. Esse dogma traduz a presunção de inocência – ou não culpabilidade – e tem direta relação com o dispositivo constitucional que leciona que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”⁴².

³⁹ Como já explicitado no item anterior sobre o contexto da reforma legislativa. Ainda que o movimento inicial tenha sido de arrefecimento das garantias referentes à produção probatória e que tenha ganhado contornos mais garantistas no Congresso Nacional, é importante destacar que isso não diminui em nada a importância da inclusão do instituto da cadeia de custódia no ordenamento jurídico vigente.

⁴⁰ “A essência conceitual de políticas públicas é o problema público. Exatamente por isso, o que define se uma política é ou não pública é a sua intenção de responder a um problema público, e não se o tomador de decisão tem personalidade jurídica estatal ou não estatal. São os contornos da definição de um problema público que dão à política o adjetivo ‘pública’”. (SECCHI. 2016. p. 5).

⁴¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

⁴² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Tal fusão conceitual (devido processo legal e presunção de inocência) está insculpida no art. 8º, §2º, do Pacto de San José da Costa Rica, norma supralegal⁴³ recepcionada pelo Decreto nº 678/1992, no seguinte dispositivo: “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for comprovada sua culpa”⁴⁴. A presunção de inocência é uma garantia individual elevada à categoria de cláusula pétrea constitucional, tamanha é sua importância para assegurar a dignidade da pessoa humana e impor limites à arbitrariedade estatal, segundo Humberto Alcalá (2005)⁴⁵:

La presunción de inocencia es así el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiriera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir.

Esse arcabouço envolve não apenas a existência da prova em desfavor do réu, como também a sua admissibilidade e fiabilidade. A idoneidade e a rastreabilidade estão mutuamente implicadas quando se trata de cadeia de custódia. De nada adianta haver provas irrefutáveis sobre um crime se o Estado não garante a sua confiabilidade e sua integralidade: não se busca uma condenação a todo custo, mas, sim, conferir uma condenação justa e incontestável.

Sendo o direito penal a *ultima ratio* de garantia de um determinado bem público, deve ser a última ferramenta a ser utilizada para obter a pacificação social. Todo o caminho

⁴³ Ainda, em julgado da Segunda Turma, o Min Celso de Mello assevera a aplicação da garantia do *due process of law* às prerrogativas do direito à prova: “ABRANGÊNCIA DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO ‘DUE PROCESS OF LAW’, QUE COMPREENDE, DENTRE AS DIVERSAS PRERROGATIVAS DE ORDEM JURÍDICA QUE A COMPÕEM, O DIREITO À PROVA. A garantia constitucional do *due process of law* abrange, em seu conteúdo material, elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: [...] direito à prova. O direito à prova qualifica-se como prerrogativa jurídica de índole constitucional, intimamente vinculado ao direito do interessado de exigir, por parte do Estado, a estrita observância da fórmula inerente ao ‘*due process of law*’. Os juízes e Tribunais têm o dever de assegurar, ao réu, o exercício pleno do direito de defesa, que compreende, dentre outros poderes processuais, a faculdade de produzir e de requerer a produção de provas, que somente poderão ser recusadas, mediante decisão judicial fundamentada, se e quando ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC nº 96.905. Relator: Ministro Celso de Mello, 25 de agosto de 2009. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 01 de agosto de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628202>. Acesso em: 18 jul. 2023.

⁴⁴ BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 678, de 05 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União, 09 de novembro de 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 4 jul. 2023..

⁴⁵ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. *Ius et Praxis*, Talca, v. 11, n. 1, p. 221-241, 2005. Disponível em: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100008&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 10 jul. 2023.

percorrido no processo (como ramo autônomo do direito) deve ter, também, esse zelo adicional de proporcionar a maior salvaguarda possível de idoneidade.

Isso significa que a condenação proferida pelo Estado precisa garantir tanto a concretude do ilícito quanto a inexistência de fabricação de provas para direcionar a incriminação de determinado indivíduo. Em outras palavras, a proteção legal precisa pairar sobre o substrato e sobre o procedimento. A própria iniciativa da atividade probatória deve ser regrada, sem que exista mesmo um vínculo quase que passional (parcialidade) com a punibilidade⁴⁶. Tal alerta é dado por Lopes Júnior (2023, p. 90), nos seguintes termos:

Mas é importante combater outra fraude: juiz produzindo prova de ofício a título de “ajudar a defesa”. Em um processo acusatório existe um preço a ser pago: o juiz deve conformar-se com a atividade probatória incompleta das partes.

Não se lhe autoriza a descer para a arena das partes e produzir (de ofício) provas nem para colaborar com a acusação e nem para auxiliar a defesa. Ele não pode é “descer” na estrutura dialética, nem para um lado e nem para o outro.

A dimensão processual do princípio da presunção de inocência exige tanto a lisura da própria produção probatória quanto a da política de sua preservação (que se cumpre pela cadeia de custódia), seja do ponto de vista judicial, seja do ponto de vista legislativo. É mais que uma política: trata-se de uma uniformidade no tratamento probatório (ao longo de seu processamento), não importando a unidade federativa, o nível hierárquico do agente público ou a função desempenhada.

Em uma situação adversarial, tal como um processo judicial, a primeira providência a ser tomada é a verificação da paridade de armas⁴⁷. É assegurar que acusação e defesa tenham

⁴⁶ Ainda sobre a epistemologia e o processo (produção probatória), Badaró (2018, p. 47) afirma que: “Trabalhar com os fundamentos epistemológicos da prova penal é partir de uma premissa sobre a possibilidade de se atingir um conceito verdadeiro. Não cabe tal cogitação para um ‘perfeccionista desiludido’ ou aqueles que se deixam seduzir por o que Goldman denominou ‘verifobia’. Mais do que isso, uma perspectiva epistêmica da prova penal reclama uma concepção racionalista que, segundo Anderson, Schum e Twining, se assenta nos seguintes pontos: a epistemologia é cognitivista ao invés de cética; a teoria da verdade como correspondência é preferível que a teoria da verdade como coerência; o modelo de tomada de decisão deve ser racional; o modelo de raciocínio para tanto é o indutivo; a busca da verdade é um meio para a decisão justa, tendo um valor elevado, ainda que não insuperável”.

⁴⁷ Ainda que não seja ponto a ser aprofundado no presente estudo, é importante observar que a paridade de armas no processo penal tem interessante característica na submissão do ônus da prova ao princípio da presunção de inocência, em que haverá uma discussão valorativa entre a própria prova e a sua refutação, ainda, considerando que *in dubio pro reo*. Segundo Nucci (2010, p. 241): “No processo criminal, o autor deve demonstrar ao juiz a verdade do alegado na inicial, o que servirá de lastro para alterar o *status* constitucional da inocência do acusado. Este, por sua vez, detendo em seu favor a presunção de não culpabilidade, precisa apenas refutar o alegado e produzir contraprova para facilitar a improcedência da ação. Não lhe cabe inserir, nos autos, elementos impeditivos, de modo a vedar o pleito inicial. Afinal inexistente disputa de igual dimensão, com perfeito equilíbrio, no processo penal. A linha de tensão entre as partes é fundada, de um lado pela acusação, com maior encargo, visto lutar contra a presunção constitucional de inocência, enquanto, do outro, ocupado pela defesa, atua o réu, buscando manter seu *status*, em trabalho de convencimento ao Judiciário”. Esse tema ganha contornos importantes de discussão quando o assunto se refere ao (crime no) direito do consumidor (estruturado principalmente em princípios e cláusulas gerais do Direito Civil), em que se insculpe a inversão do ônus da

os mesmos insumos para argumentar suas posições. É ter certeza que não houve, por exemplo, a manipulação indevida da prova por quaisquer dos interessados. Esse cenário de salvaguardas significa garantir o contraditório e a ampla defesa às partes litigantes. Segundo Prado (2014, p. 41), seria essencial à defesa o conhecimento de todos os elementos de rastreabilidade e integridade das provas, de forma a garantir o contraditório no processo penal⁴⁸.

O contraditório e a ampla defesa exigem, por conseguinte, igualdade de tratamento entre as partes a fim de que o debate não seja contaminado por eventual construção artificial de cenário condenatório. As alegações no processo criminal se baseiam em provas, sem fundamento em presunções que não sejam as estritamente permitidas em lei. Esses dois elementos garantem a licitude da prova, pois a submetem à possibilidade de escrutínio e de refutabilidade. Nesse mesmo sentido, colaciona-se excerto da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

É incabível, aqui, simplesmente presumir a veracidade das alegações estatais, quando descumpridos os procedimentos referentes à cadeia de custódia. No processo penal, a atividade do Estado é o objeto do controle de legalidade, e não o parâmetro do controle; isto é, cabe ao Judiciário controlar a atuação do Estado-acusação a partir do direito, e não a partir de uma autoproclamada confiança que o Estado-acusação deposita em si mesmo⁴⁹.

Nesse contexto, cabe destacar a proposição de Prado (2014, p. 45-57) acerca de etapas sequenciais de controle da atividade probatória, que devem estar presentes no sistema

prova em razão da existência de hipossuficiência nas relações contratuais nele protegidas. A discussão passa a ser, então, sobre a hipossuficiência, não na relação de consumo, mas entre o Estado e o acusado, ao que parece esse ser o caminho mais justo, sem que haja a transposição de aplicabilidade do direito consumidor para o processo penal.

⁴⁸ “A defesa, por sua vez, tem o direito de conhecer a totalidade dos citados elementos informativos para rastrear a legalidade da atividade persecutória, pois de outra maneira não haveria como identificar provas ilícitas. O conhecimento integral dos elementos colhidos ao longo da investigação é necessário para a defesa avaliar a correção do juízo do Ministério Público sobre a infração penal supostamente praticada pelo acusado e assim repudiar os excessos e/ou as acusações infundadas e, por derradeiro, para preparar-se para produzir a contraprova. A possibilidade de refutação pela defesa constitui elemento indispensável à validade jurídica de um processo penal estribado na verificação do fato como condição para a punição do acusado. O arco de informações submetidas ao contraditório no processo penal à luz do estado de direito é amplo, portanto, e não está limitado ao conjunto de informações que a acusação (ou a Polícia) disponibilizam ao juízo e à defesa. Há significativa diferença de ordem conceitual e prática entre aquilo que a acusação pode empregar no processo, que delimita os temas e condiciona a decisão, por meio da imputação, por um lado, e, por outro, a totalidade dos elementos informativos recolhidos na investigação criminal e até no processo penal, pelas agências públicas de repressão. Estes elementos são aptos a indicar à defesa a correção ou incorreção da trajetória da própria persecução penal, de modo a preparar-se para resistir à pretensão acusatória sob as mais variadas formas” (PRADO, 2014, p. 41).

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no RHC nº 143169. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 07 de fevereiro de 2023. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 02 de março de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=178069980®istro_numero=202100573956&publicacao_data=20230302&peticao_numero=20200877923. Acesso em: 12 jul. 2023.

processual penal. Essas etapas podem auxiliar na definição sobre o que fazer com a evidência se não for rastreável.

A primeira etapa é a admissibilidade da denúncia como filtro contra acusações infundadas ou com lastro em prova ilícita⁵⁰ e tem como fundamento o art. 394, §4º, do CPP⁵¹, dispositivo que exige que o magistrado analise a denúncia para admiti-la ou rejeitá-la ou, ainda, para absolver o acusado em qualquer procedimento penal de primeiro grau. A segunda é a da *discovery*⁵², que defende a comunhão das provas, visando obter todos os meios de prova de modo a preservar o equilíbrio processual entre as partes e evitar a surpresa da outra parte no intuito de obter alguma vantajosidade nos debates entre as partes:

O filtro processual contra provas ilícitas depende do rastreo às fontes de prova (elementos informativos) e a ilicitude probatória, direta ou por derivação, é mais facilmente detectável na sequência deste rastro produzido entre as fontes de prova e os elementos (meios) probatórios propriamente ditos (PRADO, 2014, p. 57)

São nessas etapas, admissibilidade da denúncia e da *discovery*, que a discussão acerca do cumprimento da cadeia de custódia se insere com vistas a fornecer evidências legítimas para embasar a decisão do juiz e assegurar a paridade de armas entre as partes, bem como o conhecimento integral das fontes de provas angariadas na instrução.

Há que se observar que a *discovery* não deva ser desvirtuada para se tornar uma fase que acabe por compreender a infinita busca da prova sobre prova. Considerando que a lei não regulou com profusão as consequências da inobservância da cadeia de custódia, o Poder Judiciário haverá que se debruçar sobre o assunto. O equilíbrio haverá de ser necessário, eis

⁵⁰ Segundo Prado (2019, p. 75), “A etapa da admissibilidade da acusação está concebida para, estrutural e funcionalmente, impedir essas distorções inquisitórias e para isso é essencial que o juiz, no lugar de perseverar na ‘cultura das corporações’, de matriz inquisitorial, que para além das mais elementares objeções epistemológicas, acredita em uma magistratura ‘depositária da função da busca da verdade’, assuma a função de fiscal da legalidade das práticas investigatórias, dos elementos informativos e da própria fiabilidade da acusação, que não pode ser leviana ou temerária”.

⁵¹ Art. 394. O procedimento será comum ou especial. § 4º As disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código.

⁵² Segundo Prado (2019, p. 81-86), a *discovery* é um mecanismo que permite que a defesa exerça seu direito à prova de forma eficaz, ao garantir “à parte contrária o acesso às fontes de prova de que a outra se vale, isso, entre outras finalidades, com o propósito de avaliar a legalidade deste acesso”. A acusação tem, ainda, o dever de “preservar os elementos informativos obtidos e disponibilizá-los à defesa, sempre que esta necessitar” – proibição da surpresa (*unfair surprise*). A *discovery* ocorreria na fase da produção probatória, sendo, entretanto, instrumento capaz de produzir a prova sobre a prova, observando-se todas as demais fases do procedimento probatório (investigação, proposição e admissão). A título de informação, a Sexta Turma do STJ decidiu que, em processos do Tribunal do Júri, irregularidades quanto à cadeia de custódia devem ser apontadas anteriormente à sentença de pronúncia (até as alegações finais), sob pena de preclusão. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. REsp nº 1.825.022. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgamento em 22 de fevereiro de 2022. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 03 de março de 2022. [2022e]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=146151025®istro_numero=201901971629&publicacao_data=20220303. Acesso em: 13 jul. 2023.

que não há como, por exemplo, fechar os olhos a possíveis problemas relacionados à fonte das provas produzidas cautelarmente, sob o risco do perecimento, sem o contraditório. A idoneidade da prova sob essas circunstâncias é, também, preocupação asseverada por Prado (2014, p. 77):

Um dos aspectos mais delicados na temática da aquisição de fontes de prova consiste em preservar a idoneidade de todo o trabalho que tende a ser realizado sigilosamente, em um ambiente de reserva que, se não for respeitado, compromete o conjunto de informações que eventualmente venham a ser obtidas dessa forma.

A cadeia de custódia se presta a preservar a prova, servindo de elemento essencial à fiabilidade da prova penal, garantindo às partes e ao julgador sua utilização justa e imparcial na tomada de decisões. A reforma legislativa atendeu a um anseio tanto da sociedade como do meio jurídico para o estabelecimento de regras a serem observadas, como se verá a seguir.

2.3 A cadeia de custódia no Código de Processo Penal (pós-reforma)

O direito à prova no Brasil, normatizado por diversas regras de direito positivo (processual penal, processual civil e administrativo), encontra guarida não somente no princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, como também por meio da internalização de tratados internacionais, como, por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos, que inclusive, por se tratar de convenção internacional de direitos humanos é incorporada ao ordenamento jurídico pátrio com efeito supralegal (como visto), não podendo, assim, ser revogada por meio de lei ordinária.

No que tange à sua sistemática processual, é indissociável a leitura do art. 158 do CPP do dispositivo previsto em seu também art. 6º, I, considerando que a persecução criminal se inicia do conhecimento da prática da infração penal por parte da autoridade policial, que tem o dever de se dirigir ao local do crime com a finalidade de preservá-lo. Está presente, assim, o primeiro regramento processual penal para a preservação das coisas (que poderão, ou não, ser consideradas vestígios)⁵³, com a finalidade da produção, então, das provas da materialidade e autoria do delito.

Em conexão com o lugar do crime, a custódia do vestígio foi inserida, assim, no capítulo referente ao corpo de delito e das perícias em geral, incluindo-se o termo “da cadeia de custódia”, que antecede os ditames referentes à perícia.

⁵³ Entende-se que a “coisa”, nos termos do art. 6º do CPP, pode ser substituída por vestígio, desde que de forma genérica, eis que inexistente avaliação, ainda da sua relação com o fato, tanto que, em seu inciso II, já trata da apreensão dos “objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais”.

Neste ponto, se faz necessário entender a extensão da aplicabilidade do dispositivo processual positivado, não sendo objetivo fazer tese sobre o assunto, mas indicar sua processualística e possíveis incongruências.

Deve-se inicialmente, assim, observar a relação da cadeia de custódia com o exame de corpo de delito; se existe relação interdependente entre os institutos, ou seja, se o referido exame é condição *sine qua non* à cadeia de custódia (ou mesmo como em um regime de exclusividade: os procedimentos explícitos da cadeia de custódia, nos termos do art. 158-B do CPP se aplicariam unicamente ao exame de corpo de delito).

A discussão sobre a sua extensão, entretanto, merecerá, ainda, considerações sobre vestígio, evidência e prova, sobre local de crime, perícia e análise técnica e, ainda, sobre a produção probatória antecipada e/ou por medidas cautelares e, finalmente, especificamente para o presente estudo (para os crimes de cartel), sobre a aplicabilidade de todos esses institutos aos crimes de natureza formal, bem como sobre a quebra da cadeia de custódia e seus efeitos – não necessariamente nessa ordem.

Explica-se: o artigo 158 do CPP⁵⁴ é mandatório ao afirmar que, caso o crime “deixe” vestígios, será necessária a realização do exame de corpo de delito, enquanto o art. 158-A⁵⁵ conceitua a cadeia de custódia como um “conjunto de procedimentos” (para manter e documentar a história cronológica) incidentes sobre esses mesmos vestígios coletados nos locais ou em vítimas de crimes. Da simples leitura, é possível afirmar que a “cadeia de custódia de vestígios” ocorre em casos nos quais houver a necessária realização do exame de corpo de delito, restando analisar se de forma exclusiva.

Ainda, sob critérios lógicos, ter-se-ia que: se vestígio (de crime), então, exame de corpo de delito. Esse vestígio é a “coisa”⁵⁶, identificada e relacionada à infração penal, que se procura. Considerando sua definição legal⁵⁷, seria possível afirmar como aquilo (coisa) que guarda relação com um suposto ocorrido comportamento humano (antijurídico) previsto em lei (tipo), seja por lesão ou perigo de lesão a bem jurídico tutelado, para que, quando examinado, se

⁵⁴ Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

⁵⁵ Art. 158-A. 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.

⁵⁶ Define o CPP, em seu art. 158, §3º, vestígio como “todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal”

⁵⁷ § 3º do art. 158-A do CPP.

estabeleça a configuração da materialidade do fato típico (exame de corpo de delito)⁵⁸. Ainda sob critérios lógicos, assim, nos termos do art. 158-A, se vestígio, então, cadeia de custódia.

Sobre a introdução normativa no direito processual penal do termo vestígio para a cadeia de custódia, Magno e Comploier (2021) entendem ser essa a definição mais adequada, diante tanto da possibilidade de “equivocos interpretativos” face a utilização inapropriada de outros vocábulos como sinônimos (evidência, indício, elementos de informação e prova⁵⁹), quanto pela razão deste, sim, estar relacionado ao local da infração (local do crime), sem que, ainda, exista a avaliação da “coisa” em relação ao fato investigado (evidência)⁶⁰.

Resguardando-se a abstração, característica pertencente às duas ciências, a do direito está distante da precisão, rigor lógico e irrefutabilidade dos resultados da matemática, afinal o direito é relativo, tal qual é a sua própria expressão, unida de contexto social⁶¹.

⁵⁸ Sobre o exame de corpo de delito, o Ministro Nelson Hungria afirma que corpo de delito não se confunde com corpo da vítima. Em seu voto, se utiliza da definição de Manzini na obra *Trattato di Diritto Processuale* para definir o termo: “são todas as materialidades relativamente permanentes sobre as quais ou mediante as quais foi cometido o crime, como também qualquer outra coisa que seja efeito imediato do crime ou que de qualquer modo se refira a ele, de sorte a poder ser utilizado para a prova do mesmo.” . BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. HC nº 32.468/SP. Min. Nelson Hungria. DJ 27-05-1954, p 05942. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=52434>. Acesso em: 29 jun. 2023.

⁵⁹ É possível observar que os entes jurídicos apontados podem ser, na realidade, um, uma evolução do outro, conforme ensina Del-Campo (2009, p. 80): “a relação entre os vestígios, indícios ou circunstâncias e o fato pode ser consequencial (decorrem do fato, como a hemorragia flui do ferimento)”.

⁶⁰ Os autores definem vestígio como “todo material encontrado na cena do fato que pode ou não ter relação com o delito. Após periciado, esse vestígio pode – ou não – transformar-se em evidência”. Já a evidência, afirmam como “o vestígio analisado e depurado, tornando-se uma prova por si só ou em conjunto, para ser utilizada no esclarecimento dos fatos. Deste modo, a evidência é o vestígio que, após analisado, demonstrou ter relação com o fato investigado” (MAGNO; COMPLOIER, 2021, p. 203). Esse entendimento se faz preciso, desde que se esteja tratando da cadeia de custódia do vestígio que interessa à perícia (fase inquisitiva ou do contraditório). Como se verá a seguir, ainda que seja possível abordar o tema, aqui, de forma sucinta, existem critérios a serem utilizados para a apuração do cumprimento da cadeia de custódia “da prova” (em termos genéricos, além dos vestígios).

⁶¹ “As instituições jurídicas são inventos humanos que sofrem variações no tempo e no espaço. Como processo de adaptação social, o Direito deve estar sempre se refazendo, em face da mobilidade social. A necessidade de ordem, paz, segurança, justiça, que o Direito visa a atender, exige procedimentos sempre novos. Se o Direito se envelhece, deixa de ser um processo de adaptação, pois passa a não exercer a função para a qual foi criado. Não basta, portanto, o ser do Direito na sociedade, é indispensável o ser atuante, o ser atualizado. Os processos de adaptação devem-se renovar, pois somente assim o Direito será um instrumento eficaz na garantia do equilíbrio e da harmonia social.” (NADER, 2014, p. 85).

Vamos aqui, entretanto, tentar aplicar lógica sobre uma norma de natureza cogente⁶², que expressa o meio como ocorre o que (felizmente ou infelizmente⁶³) se tornou quase que a própria expressão do direito – o processo. Ainda que passível de interpretação em razão, como já dito, da própria possibilidade de contextualização a que o direito permanentemente se encontra envolto, a leitura será realizada de forma objetiva, para encerrar as observações, do ponto de vista da hermenêutica jurídica, sobre os limites de aplicabilidade da cadeia de custódia – neste ponto como insculpido na lei processual vigente.

Se vestígio, então, exame de corpo de delito; se vestígio, então, cadeia de custódia; então vestígio é corpo de delito, corpo de delito é vestígio⁶⁴. A definição corrente da própria doutrina se assemelha ao conceito do art. 158 do CPP:

Corpo de delito é tudo quanto pode ser usado como prova material do crime: o objeto físico da ação criminosa (p. ex., o corpo lesado), os instrumentos do crime, o produto

⁶² Será, ainda, o direito à ciência da mentira e da verdade, ou da interpretação? Claro que não, afinal, trata-se de uma ciência, na acepção de técnicas que foram se amoldando ao estudo da própria sociedade e de seus bens sociais, que acabam por refletir o que deve e o que não deve ser protegido, e como isso deve ocorrer. Mas, claro, o resultado empírico do direito está mais sujeito a influências de grupos privilegiados de pessoas do que à matemática em sua precisão e irrefutabilidade. Sobre os fundamentos de um sistema jurídico como um dos fundamentos para a conceituação do direito, Hart (2001) aponta a existência, na construção deste, de novas concepções entre a política e própria teoria jurídica: “Uma vez abandonada a noção de que os fundamentos de um sistema jurídico consistem num hábito de obediência a um soberano juridicamente ilimitado e substituída pela concepção de uma regra última de reconhecimento, que faculta um sistema de regras com os seus critérios de validade, estamos confrontados com um domínio de fascinantes e importantes questões. São questões relativamente novas; porque estavam ocultas, enquanto a teoria jurídica e a teoria política se mantinham comprometidas com as velhas maneiras de pensar. São também questões difíceis, que exigem, para uma resposta completa, por um lado, uma apreensão de algumas questões fundamentais do direito constitucional e, por outro, uma apreciação da maneira característica como as formas jurídicas podem, silenciosamente, deslocar-se e mudar” [*sic*].

⁶³ Ainda que o processo seja instrumento (salvaguarda) do Estado de Direito, este não pode se confundir com a própria razão que lhe deu motivo, ou ter-se-á o instrumento regendo a vida e não a vida regendo o instrumento, na esteira entre o controle e a proibição. Ao tratar da instrumentalidade do processo e do devido processo legal, Passos (2002) demonstra a sua preocupação sobre a instrumentalidade na dogmática jurídica, ao que considera, mesmo, inadequada essa aplicação, em que pese os instrumentos serem acessórios: “O Direito, e tenho me fatigado repetindo isto, não é um objeto da natureza, não é também algo produzido pelo labor ou pelo trabalho humano. O Direito se situa no mundo da ação e do discurso, da atividade especificamente humana pela qual nós, mortais ditos racionais e não determinados de forma absoluta, compelidos a optar, buscamos dar sentido e significação ao nosso agir. Consequentemente, o Direito é um espaço em que utensílios, ferramentas e máquinas são de quase nula relevância, ou seja, em que os instrumentos valem quase nada, ou se de meios, no sentido de instrumentos, quisermos falar, teremos que conceituá-lo de modo totalmente diverso daquele utilizado em nível de interação do homem com a natureza”.

⁶⁴ Entende-se que, anteriormente à reforma de 2019, sem a definição do instituto do vestígio, era possível atribuir valoração distinta a este e ao corpo de delito, como se todo corpo de delito fosse vestígio, mas nem todo vestígio fosse corpo de delito. Vestígio seria todo e qualquer traço que identificasse o trajeto do crime, enquanto o corpo de delito seria aquele em já se identificasse a relação com o próprio, tanto que o exame de corpo de delito se relaciona obrigatoriamente à constatação da materialidade do crime, não necessariamente à autoria, por exemplo. Com a reforma e a inclusão do §3º do art. 158-A, entretanto, esses conceitos acabaram por se confundir e, dessa forma, vestígio se tornou todo e qualquer elemento “que se relacione à infração penal” – definição que, inclusive, pode ser entendida como contida na “coisa” prevista no art. 6º. Serão abordados futuramente os vestígios digitais (em meio eletrônico), sem que se discutam todas as suas propriedades e possíveis conflitos com a normativa processual penal vigente. Adianta-se, contudo, o entendimento, neste estudo, sobre a possibilidade, sim, da aplicação do art. 158 e seguintes a estes.

da infração, os efeitos que caem sob os sentidos, isto é, podem ser vistos, ouvidos, tocados, cheirados, degustados. (TORNAGHI, 1989, p. 318).

Vestígio é qualquer marca, traço, sinal, rastro, mancha ou outra evidência material considerada de modo impreciso. É, em resumo, tudo que pode ser encontrado no local do fato e que pode ou não ter relação com a natureza jurídica do evento ou vir a ser utilizado como meio de prova. (DEL-CAMPO, 2009, p. 80).

Quando se fala em *corpo de delito* a primeira ideia que se tem é a do corpo da vítima. Nada mais errado. *Corpo de delito* ou *corpus delicti*, ou ainda *corpus criminis*, é o conjunto dos vestígios materiais deixados pelo crime. Assim, o exame de *corpo de delito* pode ser feito num cadáver, numa pessoa viva, numa janela, num quadro, num documento. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 89).

Entende-se, assim, que, considerando o conceito de cadeia de custódia insculpido no CPP, os seus procedimentos elencados (desde a preservação do local do crime⁶⁵ até o descarte do vestígio⁶⁶) aplicam-se, sim, ao exame de corpo de delito (não exclusivamente), que normalmente⁶⁷ ocorre na fase pré-processual penal, ainda despida de contraditório. A cadeia de custódia é, assim, um procedimento que acompanha o corpo de delito (vestígios) até que seja valorado como evidência, ou, claro, como prova, hábil à convicção daquele que julgará.

Da análise lógica (gramatical) que demonstrou a inter-relação entre vestígio, corpo de delito, exame de corpo de delito e cadeia de custódia, restou sempre a pergunta se havia regime de exclusividade entre estes, ou seja, se a normativa da cadeia de custódia a ele (exame de corpo de delito) se aplicava exclusivamente.

A resposta, entretanto, é negativa. Apesar de inter-relacionadas, as evidências não são exclusivamente corpo de delito, tampouco a cadeia de custódia aplicar-se-á tão somente às perícias do exame de cadeia de custódia. O exame de corpo de delito é uma perícia, mas não é

⁶⁵ Segundo Espindula, Geiser e Velho (2012, p. 19), local de crime é “[...] toda área física ou virtual na qual tenha ocorrido um fato que possa assumir a configuração de infração penal, se estendendo ainda a qualquer local que possua vestígios relacionados à ação criminosa”.

⁶⁶ É usual que autores definam o início da cadeia de custódia pelo “reconhecimento” do interesse do vestígio para a produção da prova pericial, procedimento descrito no inciso I do art. 158-B e pela própria leitura do §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. É importante observar, como visto, que a leitura do citado art. 158 e seguintes deve ser feita em conjunto ao art. 6º do mesmo diploma legal. A identificação do vestígio será quase que concomitante à preservação do local imediato. Para a expansão do local do crime (local mediato), entretanto, a preservação ocorrerá anteriormente à própria identificação do vestígio. Esse entendimento é corroborado mesmo diante da existência de vestígios não aparentes (latentes), que serão encontrados, se possível, em um ambiente já devidamente controlado. Como se novos ambientes mediatos fossem “surgindo” diante da identificação de novos vestígios. Por óbvio, não é possível se proceder ao isolamento do mundo, mas a antecipação é um procedimento importante, evitando-se a contaminação do local do crime: como se um homicídio ocorresse em uma casa de 3 cômodos e apenas aquele que contém os restos mortais fosse isolado, tendo os demais sido liberados aos familiares da vítima, quando, transcorrido lapso temporal significativo, descobriu-se que a arma do crime estava escondida sob o assoalho de um dos outros cômodos não preservados. Mais uma vez, deve-se destacar que a cadeia de custódia visa também a preservação da própria fonte da prova.

⁶⁷ O legislador foi expresso (§1º do art. 158-C do CPP) ao prever a possibilidade da coleta de vestígios tanto na fase do inquérito quanto na fase do processo.

a única, exclusiva, à que se aplicariam os preceitos da cadeia de custódia⁶⁸: o exame de corpo de delito é procedimento pericial, mas nem todo procedimento pericial é exame de corpo de delito.

Em análise gramatical e sistemática é possível, ainda, observar que o exame de corpo de delito trata-se, sim, de uma atividade pericial específica, nos termos do art. 159 do CPP⁶⁹, cuja finalidade é a comprovação da existência da prova da materialidade do crime, ao que o legislador conferiu uma importância destacada⁷⁰, inclusive pela sua obrigatoriedade: o legislador acabou por desautorizar a negativa de sua realização⁷¹.

Neste ponto se faz necessário destacar que, a despeito da possibilidade de interpretações em contrário, entende-se que a cadeia de custódia estabelecida no CPP (os ritos) aplicar-se-á, tão somente, aos vestígios de interesse pericial⁷², normalmente em fase pré-processual, e não a qualquer meio de produção probatória admitida⁷³.

Tal entendimento traz como consequência a afastabilidade da necessária observação dos procedimentos previstos no art. 158-B para as provas (evidências) que serão admitidas no

⁶⁸ Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. § 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. § 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo. § 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico. § 4º O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão. § 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia: I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar; II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência. § 6º 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, salvo se for impossível a sua conservação. § 7º Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico

⁶⁹ Para que isso ocorresse, a locução deveria ser “se e somente se corpo de delito”.

⁷⁰ É possível identificar críticas na doutrina a esse formalismo do exame de corpo de delito, que, inclusive, não se coadunaria aos novos preceitos dos critérios de verdade e processo. Para Capez (2004, p. 294-295), “a regra do art. 158 do CPP, tornando obrigatória a realização do exame de corpo de delito quando a infração deixar vestígios, excepciona o princípio da livre apreciação da prova pelo juiz (CPP, art. 157), bem como o da verdade real. Trata-se de adoção excepcional do sistema da prova legal, não podendo o julgador buscar a verdade por nenhum outro meio de prova, seja pela confissão do acusado, robusta documentação ou depoimentos testemunhais idôneos, pois a lei se apegua ao formalismo de exigir a prova pericial como único meio de comprovar a materialidade delitiva”.

⁷¹ Art. 184. Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade (CPP).

⁷² As etapas da cadeia de custódia fazem referência expressa à atividade pericial, em que o reconhecimento é “para a prova pericial”, a fixação é indispensável à descrição vestígio no laudo pericial e a coleta recolhe o vestígio a ser “submetido à análise pericial” (incisos I, III e IV do art. 158-B do CPP), bem como o processamento (inciso VIII do art. 158-B do CPP) é o próprio “exame pericial em si”.

⁷³ Como se verá a seguir, nem todo vestígio obrigatoriamente deverá ser submetido à atividade pericial, como aqueles relacionados a crimes de natureza formal ou de mera conduta.

processo penal na fase do contraditório judicial, a não ser que seja referente a “exame pericial obrigatório”⁷⁴. As regras (procedimentos) podem até mesmo servir como “melhores práticas”⁷⁵, mas não possuem, pela letra exclusivamente da lei, natureza cogente para esses casos. Quando se trata dessa (in)exigência de forma, está-se referindo a toda produção probatória que não é realizada por órgão oficial de perícia.

É importante destacar que a preocupação com os procedimentos referentes à produção da prova pericial (técnica) foi exteriorizada na exposição de motivos do PL nº 10.372/2018 (Lei nº 13.964/2019):

A disciplina da cadeia de custódia para maior eficiência da perícia criminal e consequente combate à criminalidade também é essencial. A cadeia de custódia é fundamental para garantir a idoneidade e a rastreabilidade dos vestígios, com vistas a preservar a confiabilidade e a transparência da produção da prova pericial até a conclusão do processo judicial. A garantia da cadeia de custódia confere aos vestígios certificação de origem e destinação e, conseqüentemente, atribui à prova pericial resultante de sua análise, credibilidade e robustez suficientes para propiciar sua admissão e permanência no elenco probatório. Com a criação de centrais de custódia, é possível garantir que os materiais relacionados a crimes estarão sempre à disposição da polícia e da Justiça quando for necessária a realização de novas perícias a fim de dirimir dúvidas que surjam no decorrer do inquérito policial ou processo criminal^{76 77}.

Como já manifestado, em especial sobre o movimento social, econômico e jurídico em que ocorreu a reforma legislativa do Pacote Anticrime, é importante observar que a influência legiferante se alterou do combate à impunidade para o regramento estatal da atividade investigativa, tornando-a mais “justa”, dentre outros, na produção probatória. Há que se reconhecer, como informação de domínio público, que o “lavajatismo” repercutiu para o recrudescimento do controle e punição de possíveis excessos de agentes públicos na condução e investigações, vide a edição da Lei nº 13.869/19 (nova Lei de Abuso de Autoridade)⁷⁸.

⁷⁴ Entende-se como obrigatório o exame (observação e análise) pericial (habilitação técnica oficial) indispensável à configuração da materialidade do delito.

⁷⁵ Entende-se que a aplicação subsidiária acabará por ser medida de consenso, tanto como efeito da doutrina como da jurisprudência que serão firmadas.

⁷⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 10.372, de 06 de junho de 2018. Introduce modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. Brasília, 2018. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497&filename=PL%2010372/2018. Acesso em: 4 jul. 2023.

⁷⁷ A regulação da cadeia de custódia para as perícias técnicas pode, ainda, ser inferida pela preocupação do legislador com atividade estatal para o combate à criminalidade. Não há menção, por exemplo, a qualquer atenção para a atividade probatória como um todo.

⁷⁸ O presente estudo não se presta a analisar quaisquer aspectos, legais ou ideológicos, do que fica conhecido como “lavajatismo”, uma vez que, certamente, seria um estudo a parte – desde como se iniciou, quais as investigações, quais as medidas judiciais, qual a repercussão econômico-social, aspectos de legalidade em sentido estrito etc. Tampouco se pretende discutir a repercussão da edição da nova Lei de Abuso de Autoridade, o que também

A preocupação maior da doutrina sobre a cadeia de custódia era circundada, sim, da preocupação acerca da difusão (desmedida) dos meios investigativos⁷⁹ que comportam exceções a garantias constitucionais, tais como a inviolabilidade do domicílio, das comunicações e da intimidade. Segundo leciona Prado (2019, p. 68):

A indispensabilidade de um eficiente sistema de controles epistêmicos goza de especial importância nos dias atuais, porque vulgarizou-se o apelo, no âmbito da investigação, aos métodos ocultos de pesquisa (interceptação das comunicações e afastamento de sigilos) e de um modo geral a totalidade dos elementos informativos que subsidiam acusações encontra-se alicerçada em elementos obtidos dessa maneira.

A regulação estatal para cadeia de custódia, exclusivamente para vestígios de interesse da atividade pericial, já era observada desde a iniciativa do Ministério da Justiça, quando da edição da Portaria nº 82/2014, que serviu de base para a reforma de 2019, como já foi visto. Na citada portaria, os procedimentos foram divididos em duas fases, uma externa e outra interna, sendo a primeira compreendida desde a preservação do local de crime até o transporte o recebimento dos vestígios pelo órgão responsável pela perícia, até a disponibilização do laudo pericial ao órgão requisitante. Toda a cadeia de custódia descrita diz respeito à atividade técnica pericial.

Como se pode observar, em nenhum momento o normativo processual penal da cadeia de custódia faz qualquer referência à preservação de qualquer “vestígio” que não se refira à atividade pericial estatal. Eis que, além da inexistência normativa específica que disponha sobre rito para a cadeia de custódia que não a de exame oficial, ainda é possível observar espécie de crime em que foram relativizadas as próprias regras sobre a obrigatoriedade do exame de corpo de delito.

Quanto a essa obrigatoriedade, o STF (além do STJ) a entendeu como dispensável nos casos de crimes de natureza formal ou de mera conduta⁸⁰. Considerando a desnecessidade de

fugiria ao presente estudo. Aqui, resta apenas o registro histórico-conjectural sobre as possíveis influências que ocorreram no processo legislativo do Pacote Anticrime.

⁷⁹ Manuel Monteiro Valente (*apud* PRADO, 2019, p. 68), sobre a utilização dos meios invasivos de investigação, aponta que “a eufórica e deslumbrante necessidade de apetrechamento dos operadores judiciários de meios de obtenção de prova sem que primeiramente se avalie os resultados objectivados com os meios já existentes – muitas das vezes esquecidos na prateleira dos livros empoeirados – é uma práxis a que nos habituamos. Ou, concretizando melhor, a desmedida e facilitada autorização das escutas telefônicas – de necessidade duvidosa – sem que primeiramente se avaliem os meios menos delatores dos direitos e liberdades pessoais, converteu um meio de obtenção de prova de *ultima ratio* – de exceção – em *prima ratio* – em vulgar”.

⁸⁰ “EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA DE FOGO. ART. 10 DA LEI 9.437/97 E ART. 14 DA LEI 10.826/2003. PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DO POTENCIAL LESIVO DA ARMA. DESNECESSIDADE. [...] II - A norma incriminadora prevista no art. 10 da Lei 9.437/97 não fazia qualquer menção à necessidade de se aferir o potencial lesivo da arma. III - O Estatuto do Desarmamento, em seu art. 14, tipificou criminalmente a simples conduta de portar munição, a qual, isoladamente, ou seja, sem a arma, não possui qualquer potencial ofensivo. IV - A objetividade jurídica dos delitos previstos nas duas Leis transcendem a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a

averiguar os efeitos do delito, não haveria que se falar em buscar a comprovação de sua materialidade.

Identifica-se, neste ponto, a existência de divergências apontadas pela doutrina no entendimento de que, no caso do crime de porte ilegal (arma ou munição)⁸¹, restaria, sim, necessária a comprovação da potencialidade do dano da arma de fogo/munição, conforme argumentam Nucci (2010a)⁸² e Capez (2012)⁸³.

Nesse caso, a divergência perpassa a melhor técnica legislativa, numa discussão de temas entre tipo penal, a verdade real e, principalmente, o bem jurídico tutelado (dentre outros), entre, sim, a própria teoria do crime e da pena (Direito Penal), como também sobre os procedimentos legais (Processo Penal), ou seja, entre o abstrato e concreto.

A questão principal posta, sobre o crime de porte ilegal, se açoda, não na aceitação da tipificação, em si, do crime de porte ilegal como de perigo, considerando o *enforcement* social da norma penal (em uma política desarmamentista), mas, sim, na interpretação dada (política criminal) de que o dano seria em abstrato e não potencial⁸⁴. A principal discussão, assim, é de ordem penal, referente à própria teoria do crime: sobre a teoria geral do delito⁸⁵.

tutela da liberdade individual e de todo o corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que ele propicia. V - Despicienda a ausência ou nulidade do laudo pericial da arma para a aferição da materialidade do delito. VI - Ordem denegada” (grifo nosso). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC nº 96922. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 17 de março de 2009. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 2009. [2009a]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=587049>. Acesso em: 12 jul. 2023.

⁸¹ Não é objeto do presente trabalho estudar a teoria do crime, se as decisões exaradas estariam ou não em consonância aos ditames norteadores do próprio instituto do delito. Tem-se a decisão como fato posto para que sejam avaliadas as suas consequências frente ao tema do presente.

⁸² “Arma quebrada e inapta a qualquer disparo: não é crime. Carregar uma arma desmuniada é algo diverso de ter consigo arma completamente inapta a produzir disparo, afinal, cuida-se de delito impossível, a segurança pública não corre risco nesse caso; nem argumentemos com o fato de uma arma quebrada poder intimidar alguém, em caso de roubo, pois arma de brinquedo também pode e isso não significa ser figura enquadrável no art. 14 desta Lei; depende de laudo pericial para atestar a sua imprestabilidade, o mesmo valendo para o acessório e munição.”

⁸³ “Sendo assim, a realização de prova pericial é imprescindível para aferir sua potencialidade lesiva. Sem a perícia, não será tecnicamente possível saber se era ou não arma de fogo [...]”.

⁸⁴ A respeito da discussão sobre a potencialidade do ato, considerando o bem jurídico tutelado, o STF e o STJ fixaram entendimento que este ultrapassa a incolumidade física, sendo a “segurança pública e a paz social, colocadas em risco com a posse da arma de fogo” (AgRg no AREsp 1.219.142/SP, j. 17/04/2018), bem como, ainda, “a objetividade jurídica dos delitos previstos [...] transcendem a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da liberdade individual e de todo o corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que ele propicia.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC nº 96922. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 17 de março de 2009. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 2009. [2009a]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=587049>. Acesso em: 12 jul. 2023.

⁸⁵ Gomes (2009) se manifestou sobre a inexistência de crime no porte de arma desmuniada, em razão da falta de potencialidade ofensiva: “Por força do princípio da ofensividade, sem a comprovação efetiva do perigo (concreto) não existe crime. [...] Todo delito, necessariamente, exige também desvalor do resultado jurídico (que é a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico protegido). [...] o bem jurídico protegido não é a tranquilidade social (tranquilidade das pessoas), sim, a incolumidade pública (de forma direta) assim como bens jurídicos pessoais tais como a vida, integridade física etc. (de forma indireta). [...] Para nós (teoria

A jurisprudência dos tribunais superiores vem realmente acompanhando as decisões do STF⁸⁶, inclusive fazendo alusão expressa ao termo “exame de corpo de delito”, não havendo, assim, que se falar em diferenciação entre prova da materialidade da conduta e prova da materialidade de seus efeitos, como perícia de fato autônomo, salvo alguma nova interpretação por parte da Suprema Corte⁸⁷.

Não havendo, assim, necessidade do exame de corpo de delito para crimes formais ou de mera conduta⁸⁸, é possível entender que as normas processuais referentes à cadeia de custódia serão, também, aplicadas de forma subsidiária (não cogente). É importante destacar que não se está, aqui, afirmando a insignificância ou inutilidade do instituto da cadeia de custódia. O que se afirma é que, por entender ser necessária a comprovação da fidedignidade

constitucionalista do delito) só existe crime, nesta situação, se a arma tem capacidade de disparo e disponibilidade de uso”.

⁸⁶ A título de exemplo: (1) “[...] por se tratar de delito de natureza formal, a figura delitiva em comento (contrabando de cigarros) se consuma independentemente da apuração do montante tributário devido na esfera administrativa. [...] o delito de descaminho não se inclui entre os crimes que necessariamente deixam vestígios, de forma que fica afastada a exigência da realização do exame de corpo de delito. 7. A materialidade restou devidamente comprovada pelo conjunto probatório”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Rcl Agr-Agr nº 25.872. Relator: Ministra Rosa Weber, 17 de dezembro de 2019. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 05 de março de 2020. [2020a]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752160014>. Acesso em: 20 jun. 2023. (2) “[...] EXAME DE CORPO DE DELITO. DESNECESSIDADE. [...] O crime capitulado no artigo 95, alínea ‘d’, da Lei n. 8.212/91, e atualmente no artigo 168-A, do Código Penal, por ser de natureza formal, nem sempre é passível de exame de corpo de delito, sendo que a materialidade do delito em comento pode restar demonstrada pela própria constatação da autarquia previdenciária quanto à inércia no recolhimento, nas épocas próprias, das contribuições ou outras importâncias devida à Seguridade Social e arrecadadas dos segurados ou do público, bem como por outros elementos de convicção. 3. Não é só a mera conduta de não pagar contribuição social que é punida pelos tipos penais previstos no artigo 95, da lei nº 8.212/91, mas o comportamento ignóbil, malicioso, de fraudar, de alterar documentação, de descontar e não repassar, de burlar o erário, trazendo com isto vultuosos prejuízos sociais”. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Quinta Turma – 1ª Seção. Apelação Criminal 10491/SP 2000.03.99.063557-9. Relatora: Desembargadora Federal Suzana Camargo. Brasília, 22 de outubro de 2002. DJU: 18/02/2003. P. 661. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoIta/63121144541484>. Acesso em: 4 jul. 2023.

⁸⁷ Apesar das decisões claras, tanto do STF quanto do STJ, sobre a desnecessidade de perícia para os delitos formais, uma vez que, no caso do porte ilegal, não importaria o potencial lesivo da arma de fogo, Cunha (2018) afirma a possibilidade de equívoco sobre o tipo de perícia que deveria ou não ser realizada, dado que, apesar da possibilidade da caracterização do crime pela mera prática de um dos núcleos do tipo penal (portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar... arma de fogo, acessório ou munição), a materialidade do fato deveria ser comprovada: “[...] no crime de perigo abstrato se presume absolutamente o perigo advindo da conduta, fazendo com que se dispense a apuração de que a ação criminosa gerou risco efetivo a alguém ou a um grupo de pessoas. Isto, no entanto, não se confunde com a comprovação de que o crime de fato ocorreu. O que a lei presume é o perigo decorrente da conduta, não a existência do objeto material. É o que ocorre, por exemplo, no tráfico de drogas, delito de perigo abstrato e no qual o exame sobre a substância apreendida não tem o propósito de demonstrar que o traficante gerou perigo para alguém; tem a finalidade de demonstrar que se trata efetivamente de uma das substâncias de uso proscrito no Brasil segundo a Portaria 344/1998 do Ministério da Saúde. Dá-se o mesmo com as armas de fogo. O exame pericial não é realizado para apurar se quem portava a arma gerou perigo de dano a alguém; o exame existe para apurar se de fato se trata de uma arma de fogo”.

⁸⁸ O próprio art. 184 do CPP afirma que “salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade”.

do vestígio (prova), não se faz necessária a observância dos procedimentos previstos na lei processual penal.

Poder-se-ia afirmar, neste ponto, que a desnecessidade do cumprimento do rito previsto no art. 158-B do CPP ocorreria apenas no juízo de valor efetivado pelo próprio juiz do caso. Ocorre que o exame inicial da necessidade ou não da produção de laudo técnico é feita pelo responsável pela “arrecadação” dos vestígios e não pelo juiz, nos termos do art. 158-C do CPP. Neste, inclusive, destaca-se que essa avaliação deveria ser feita “preferencialmente” por um perito, que irá encaminhar à Central de Custódia (antigo cartório). Esse juízo será finalmente estabelecido pelo que afirma o §3º do citado art., em que “o recipiente só poderá ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada”.

Antes de entrar em um dilema sobre criador e criatura, ou sobre o ovo e galinha, a diferenciação que se discute aqui – sobre a aplicação obrigatória dos procedimentos relativos à cadeia de custódia, previstos no art. 158-B – se faz na preocupação sobre a ocorrida positividade de critérios normativos de estrutura abstrata frente à inesgotabilidade de sua eficácia, principalmente de normas processuais não principiológicas, em que a possibilidade de se tornarem obsoletas é tanto maior. Não se discute a importância da cadeia de custódia, mas sua forma.

No CPP, a cadeia de custódia está intrinsecamente ligada à manutenção e documentação da história cronológica do vestígio. Esse tema já foi abordado quando, inclusive, foi afirmada a complementaridade entre idoneidade e rastreabilidade, bem como quando foi asseverada a importância da documentação dos procedimentos.

Nos que se refere à previsão normativa, na legislação ordinária, do conjunto de procedimentos que visam garantir a integridade dos vestígios desde o momento da coleta até o descarte dos vestígios que não serão “utilizados”⁸⁹, parece existir uma possível falta de tecnicidade legislativa, em razão de se estar tratando de normas de natureza cogente. Ocorre que as provas acompanham a tecnologia e o desenvolvimento da sociedade, enquanto a norma tornar-se-á estanque, contando com procedimentos que, por vezes, não terão sequer razão de existir em um futuro próximo.

Sobre esse assunto, no mesmo sentido, Magno e Comploier (2021, p. 201)⁹⁰ são assertivos no que diz respeito à normativa produzida pelo excesso de normas que tratam de

⁸⁹ Abordar-se-á individualmente cada uma das etapas no próximo capítulo, que tratará especificamente da cadeia de custódia para vestígios do crime de cartel.

⁹⁰ “Não nos parece [...] acertado tratar a cadeia de custódia como matéria processual penal, posto que, a uma, já estava perfeitamente regulamentada pelo Ministério da Justiça (tanto que o art. 158 do Código de Processo Penal praticamente reproduz quase todo seu texto), e, a duas, porque o CPP já trazia em si a espinha dorsal da

orientações e procedimentos de caráter geral, mas que sequer exigiram um formulário de cadeia de custódia, e, ainda mais importante, não trataram dos efeitos da quebra da cadeia de custódia⁹¹.

Conclui-se neste ponto, assim, que: (1) a cadeia de custódia afirmada no CPP, principalmente seus procedimentos, diz respeito à atividade pericial oficial do Estado, exclusivamente; (2) que a cadeia de custódia das provas produzidas em contraditório judicial não está regradada pelos procedimentos específicos do art. 158-B do CPP; (3) o exame de corpo de delito é procedimento pericial a que se aplicam as regras da cadeia de custódia; e (4) os crimes de natureza formal são exceção à obrigatoriedade do exame de corpo de delito, ao que também não estão regradados pelos procedimentos específicos do art. 158-B do CPP⁹².

Das conclusões citadas, é possível observar que o processo legislativo acabou por não normatizar a cadeia de custódia de forma robusta, considerando toda a produção probatória. Do ponto de vista normativo, frise-se que se entende que o instituto se refere à produção de provas periciais, ainda que necessário a toda produção probatória. Restará, pois, à doutrina e à jurisprudência a análise e a regulação do assunto.

Considerando que o legislador opta, por vezes, por uma menor intervenção estatal na positivação e nas regras em matéria processual, é possível que essa lacuna, ainda que não se tenha conseguido lograr êxito na confirmação dessa informação, pode ter sido deixada de forma

cadeia de custódia em relação aos seus aspectos principais, bastando, apenas, inserir na legislação em comento os aspectos mais gerais do instituto, tais como conceito, início e fim, fases e, no máximo, a necessidade de existência de uma central de custódia. Já detalhamento quanto ao tipo de protocolo, recipiente que irá armazenar o vestígio e suas características, dentre outras orientações de caráter geral necessárias à execução da lei deveriam continuar a cargo da portaria” (MAGNO e COMPLOIER, 2021, p. 201).

⁹¹ Sobre a reforma legislativa referente à cadeia de custódia, *vide*, ainda, voto do Ministro Rogério Schietti Cruz: “Com vistas a salvaguardar o potencial epistêmico do processo penal, a Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime) disciplinou – de maneira, aliás, extremamente minuciosa – uma série de providências que concretizam o desenvolvimento técnico-jurídico da cadeia de custódia. De forma bastante sintética, pode-se afirmar que o art. 158-B do CPP detalha as diversas etapas de rastreamento do vestígio: reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte. O art. 158-C, por sua vez, estabelece o perito oficial como sujeito preferencial a realizar a coleta dos vestígios, bem como o lugar para onde devem ser encaminhados (central de custódia). Já o art. 158-D disciplina como os vestígios devem ser acondicionados, com a previsão de que todos os recipientes devem ser selados com lacres, com numeração individualizada, ‘de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio’”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Habeas Corpus nº 653515. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, 23 de novembro de 2021. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 01 de fevereiro de 2022. [2022d]. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2073941&num_registro=202100831087&data=20220201&formato=PDF. Acesso em: 10 jul. 2023.

⁹² Entende-se que a atividade estatal pericial, sim, observará os ditames insculpidos no art. 158 e seguintes do CPP, sendo importante, entretanto, destacar que, considerando a inexigibilidade do exame de corpo de delito, quando se fizer necessária a preservação do local e da própria fonte da prova, é possível que, quando instada a se manifestar em casos de crimes formais, restará prejudicada a completa fidedignidade da “prova”. Não se quer dizer que o STF e o STJ não observaram esse fato; na realidade restou claro que o crime pode ser comprovado de diversas maneiras, dispensando-se a perícia da materialidade do delito (exame de corpo de delito). A questão posta, diz respeito, mesmo, aos critérios de valoração da prova.

proposital⁹³, eis que, como se observa na própria exposição de motivos do PL nº 10.372/2018, apenas a cadeia de custódia de vestígios referentes às perícias oficiais foi referenciada.

Critica-se o regramento exatamente na (talvez) intensão de não se exceder ao que a norma se propunha, mas ao mesmo tempo, na positivação de ritos desnecessários, que poderiam ser tratados em normas infralegais.

Este capítulo visou, assim, introduzir o tema da cadeia de custódia no direito brasileiro e levantar sua origem fática, com ênfase no contexto histórico de surgimento de sua recente regulamentação no CPP. A partir destas observações, será possível compreender a importante função da cadeia de custódia e, a partir desta, aplicar seus procedimentos à produção probatória especificamente do crime de cartel.

⁹³ Ainda que não proposital, observa-se que o silêncio legislativo na regulação da cadeia de custódia exclusivamente para vestígios (ou seja, para a produção probatória do Estado), excluindo-se ritos para os casos de indícios e provas, na fase do contraditório, por exemplo, possui como consequência positiva a imposição dos custos (financeiros e técnicos) apenas ao Estado, (no caso do particular, o que apresentar como material de defesa será valorado diretamente pelo julgador). Como consequência negativa, pode-se ter o aumento de provas fraudadas apresentadas judicialmente (falsidade ideológica frente ao direito a não autoincriminação), o que pode gerar uma desconfiança generalizada na valoração nessas situações. Mas, mais importante, o não regramento impede um controle estatal na produção dessa “prova”, promovida pelo próprio particular, quanto à utilização de meios ilícitos não pelo Estado, mas pelo “administrado”. Daqui surge a ideia de que a atividade pericial da prova sobre a prova deverá ganhar importância.

3 A PRODUÇÃO PROBATÓRIA E A CADEIA DE CUSTÓDIA

Definidos os fundamentos da conjuntura política, social, econômica e jurídica que levaram ao estabelecimento do novo normativo da cadeia de custódia no direito pátrio, volta-se ao estudo da importante relação de sua fiel observância (ou não) com a própria produção da prova.

Abordar-se-á, então, a rastreabilidade e a integridade como fundamentos da cadeia de custódia, para que seja possível compreender as possíveis consequências práticas da inexistência desses elementos na preservação dos vestígios⁹⁴, e, ainda, se o instituto se aplica sobre vestígios, evidências e provas, analisando a importância da perícia na produção probatória.

3.1 Rastreabilidade e integridade na cadeia de custódia (dos vestígios, das evidências e/ou das provas)

Como visto, a verdade real passou à condição de utopia em razão da própria produção probatória. Explica-se, como também já discutido: ocorre que, coibindo a atuação autoritária do Estado, esse direito se torna não absoluto (relativo).

Segundo Badaró (2020, p. 379), as provas podem ser limitadas em sua admissibilidade por fundamentos extraprocessuais (políticos) ou processuais (lógicos e epistemológicos), sendo os primeiros aqueles relativos à “proteção de outros valores, mesmo que capazes de colocar em risco a descoberta da verdade”, tal qual a vedação das provas obtidas por meios ilícitos⁹⁵. Para os processualistas, encontram-se as provas supérfluas (irrelevantes), por limites lógicos, e aquelas que são inadmissíveis, por limites epistemológicos, ou “regras de exclusão por motivos intrínsecos”⁹⁶.

⁹⁴ Tratar-se-á, inicialmente, dos vestígios, para então abordar a cadeia de custódia das provas.

⁹⁵ Ensina Gomes (2009a) que “prova ilícita é a que viola regra de direito material, seja constitucional ou legal, no momento da sua obtenção (confissão mediante tortura, v.g.). Impõe-se observar que a noção de prova ilícita está diretamente vinculada com o momento da obtenção da prova (não com o momento da sua produção, dentro do processo)”.

⁹⁶ Sobre os limites epistemológicos, segundo BADARÓ (2020, pp. 384-385), estes “buscam previamente restringir o ingresso de elementos de provas que, embora relevantes e dotados de elevado potencial persuasivo, poderiam gerar uma inexata reconstrução histórica dos fatos. O Código de Processo Penal traz alguns exemplos: o parágrafo único do art. 155 exige, para a prova do estado das pessoas, apenas o meio de prova previsto na lei civil; o art. 62 exige que a morte do agente seja comprovada apenas por atestado de óbito, para fins de extinção de punibilidade; por fim, nos crimes que deixam vestígio, o art. 158 não admite a confissão para a comprovação da materialidade delitiva, exigindo o exame de corpo de delito. No processo civil, há vedação da produção de prova exclusivamente testemunhal, nas demandas que o valor exceda um determinado valor. Outra hipótese, sempre lembrada como limite epistemológico, embora não vigorante entre nós, é a *hearsay rule*, que veda a utilização do testemunho de ouvir dizer, por não possibilitar o exame cruzado da fonte de prova originária”.

Se obtida em violação a normas constitucionais ou legais a prova, por exemplo, é considerada ilícita. E é neste ponto que reside um dos problemas referentes à produção probatória e à cadeia de custódia, principalmente se se considerar o regramento positivado a respeito, ao que se pergunta (com contorno perfeito): a cadeia de custódia deveria ser forma (geral) prevista em lei processual para a produção de toda e qualquer prova?⁹⁷

A pergunta é feita com base no entendimento formado sobre quais seriam os efeitos jurídicos na quebra da cadeia de custódia, sem restrição de qualquer elemento probatório, baseando-se na inobservância dos “procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado”⁹⁸, ainda que a norma trate de vestígios de interesse para a perícia.

Como ensina Badaró (2017)⁹⁹, a aplicação da cadeia de custódia não se restringe apenas à prova científica e à perícia de laboratório, abrangendo qualquer tipo de prova real, não apenas “coisas” materiais, sendo importante observar a cadeia de custódia para elementos imateriais, registrados eletronicamente, como conversas telefônicas, *e-mails*, mensagens de voz etc.

A cadeia de custódia orienta, assim, a forma para a obtenção da prova, relacionando-se diretamente com a sua fonte. A integridade do conjunto probatório é a garantia de que os vestígios não foram adulterados ou manipulados indevidamente, sendo assegurada pelo conjunto de procedimentos previstos aplicados pelo Estado (restaria o problema de como se estender sua aplicação aos particulares)¹⁰⁰.

Esses procedimentos devem ser auditáveis, conferindo ao interessado o poder de consultar a rastreabilidade das provas obtidas e aferir se seus direitos foram ou não violados, a qualquer tempo. Isso significa que a atividade instrutória deve manter diuturno zelo pelo material coletado, além de documentar passo a passo como essa atividade foi realizada, a fim de possibilitar essa verificação.

⁹⁷ Como se verá a seguir, a resposta à pergunta, entretanto, não responde, por si só, o problema referente à ilicitude ou ilegalidade da prova em que se observa a quebra da cadeia de custódia e quais os efeitos processuais desta constatação.

⁹⁸ CPP, art. 158-A.

⁹⁹ “Embora a cadeia de custódia esteja normalmente ligada à prova científica e, mais especificamente, à perícia de laboratório, sua aplicação é mais ampla, estando relacionada com a qualquer fonte de prova real. As coisas, por existir 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 sob seu poder físico os elementos de prova, desde sua coleta, até que seja apresentado em juízo” (BADARÓ, 2017. p. 522).

¹⁰⁰ Ao expandir a aplicação do instituto, por certo, expandem-se também seus destinatários. O problema pode ser na incapacidade da pessoa física de cumprir procedimentos exigidos para a preservação das fontes, como por exemplo, obter arquivos eletrônicos em formato forense.

Pensar na cadeia de custódia como uma instância estanque e imutável é uma ilusão filosófica. Isso porque tal cadeia inicia-se no local do crime (art. 6º, inciso I, do CPP), passa pela perícia (art. 159, §6º, do CPP, e art. 170 do CPP¹⁰¹) e finaliza no trânsito em julgado. Essa preocupação já é anterior à Lei nº 13.964/2019, mas, com sua edição, isso apenas se reforçou, discriminando-se com detalhes os procedimentos. A cadeia de custódia é idealizada com vistas a assegurar a fidedignidade da decisão judicial e, por isso, a documentação é uma providência necessária, inafastável e importante:

Toda vez que investigação envolver a coleta, o armazenamento ou análise de fontes de provas reais, isto é, 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 se tenha perfeitamente documentada e representada a cadeia de custódia. Esse conceito surgiu originalmente na jurisprudência norte-americana, quase que como uma imposição natural da verificação da integridade da prova. Para garantir a fidelidade da 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. 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. (BADARÓ, 2017, p. 522-523).

Logo, um dos pilares da cadeia de custódia é a documentação referente aos procedimentos de integridade e rastreabilidade, ao ponto de Badaró (2017, p. 524) entender, ainda, a cadeia de custódia como uma “eclipse de documentação de cadeia de custódia”, uma vez que não se viola a cadeia pelas pessoas que tiveram contato com a prova, mas, sim, pela “documentação que atesta essa realidade”.

O cuidado com a documentação, como já observado, já era previsto na doutrina e jurisprudência, porém passou a ser consignado no art. 158-B do CPP para afastar qualquer dúvida sobre sua necessidade, ainda que de forma burocrática – no sentido menos técnico da palavra.

O cuidado com os registros é premissa absoluta da preservação de vestígios sem a qual, a princípio, o exame da materialidade do crime sob investigação não poderia sequer ser iniciado. A imprescindibilidade dessa documentação também já foi recentemente reafirmada em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme excerto de ementa a seguir:

No caso dos autos, a polícia não documentou nenhum dos atos por ela praticados na arrecadação, armazenamento e análise dos computadores apreendidos durante o

¹⁰¹ Art. 170. Nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a eventualidade de nova perícia. Sempre que conveniente, os laudos serão ilustrados com provas fotográficas, ou microfotográficas, desenhos ou esquemas.

inquirido, nem se preocupou em apresentar garantias de que seu conteúdo permaneceu íntegro enquanto esteve sob custódia policial. Como consequência, não há como assegurar que os dados informáticos periciados são íntegros e idênticos aos que existiam nos computadores dos réus.¹⁰²

Tal entendimento faz parte de um raciocínio mais amplo sobre a proteção do acusado contra ingerências indevidas, bem como a garantia da integridade processual, que faz parte da ética processual e da preservação do devido processo legal. Para Espindula (2009, p. 165), esse é um cenário que envolve o trabalho de todos os participantes da formação do processo, desde a autoridade policial, que coleta evidências instantâneas na cena do crime, até os servidores responsáveis pela guarda e condução do processo até o trânsito em julgado¹⁰³.

A formação do processo judicial passa, assim, pela cadeia de custódia dos meios de prova. Aliás, é ela quem elucida a materialidade do delito (se existente) e proporciona subsídios para a ampla defesa e o contraditório dos acusados. Mais que parte do direito fundamental à presunção de inocência, ela permite que os acusados exerçam seu direito fundamental de inocência em sua amplitude. Logo, é uma obrigação-meio e uma obrigação-fim da política criminal.

A cadeia de custódia é composta por sucessivos registros de coleta nos meios de prova, conservados, transferidos e recebidos. Mais ainda, é uma garantia da integridade e da idoneidade (ESPINDULA, 2009, p. 85-89) processuais e do zelo dos servidores pelo correto andamento do processo e das evidências nele produzidas. Nesse contexto, Dias (2019, p. 122) exemplifica alguns tipos de termos e documentos que podem resguardar o acusado de ter havido eventual ingerência no arcabouço probatório:

No que toca ao acautelamento dos elementos de informação e da respectiva cadeia de custódia, é importante observar: i) o registro em termo das informações preliminares; ii) possibilidade de ausência de registro do colóquio informal; iii) decisão estratégica acerca da relevância daquelas informações; iv) intimação (pública ou privada) documentada; v) Termo de Ciência Fática; vii) Termo de Comparecimento Voluntário; e viii) Termo de Comparecimento para outros fins.

¹⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no RHC nº 143169. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 07 de fevereiro de 2023. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 02 de março de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=178069980®istro_numero=202100573956&publicacao_data=20230302&peticao_numero=202200877923. Acesso em: 12 jul. 2023.

¹⁰³ “Importante esclarecer que a cadeia de custódia não está restrita só ao âmbito da perícia criminal, mas envolve desde a delegacia policial, quando apreende algum objeto e já deve observar com rigor tais procedimentos da cadeia de custódia. Podemos voltar mais ainda: qualquer policial, seja ele civil ou militar, que for receptor de algum objeto material que possa estar relacionado a alguma ocorrência, deve também – já no seu recebimento ou achado – proceder com os cuidados da aplicação da cadeia de custódia. E essas preocupações vão além da polícia e da perícia, estendendo-se aos momentos de trâmites desses objetos da fase do processo criminal, tanto no ministério público quanto na própria justiça. Os procedimentos da cadeia de custódia devem continuar até o processo ter transitado em julgado” (ESPINDULA, 2009, p. 165).

Os procedimentos periciais envolvem constatação, registro, identificação, exames e análises, a fim de compreender o ocorrido na cena do ilícito. Tais elementos consistem, entre outros procedimentos, na metodologia de coleta de evidências, na descrição detalhada da forma como o vestígio foi encontrado e na solicitação de exames complementares¹⁰⁴.

Esse tipo de documentação, a uma primeira vista, pode parecer um excesso burocrático que refletiria a morosidade estatal em tramitar processos e atividades. No entanto, é exatamente essa cautela que garante que a coleta, a posse e o manuseio das evidências tenham sido feitas corretamente e que não houve favorecimento de quaisquer partes ou interessados no evento.

A cadeia de custódia, entretanto, é um limite à arbitrariedade estatal; é uma cerca pela qual o Leviatã hobbesiano (HOBBS, 2003) é impedido de ultrapassar. É a concretização da máxima de que “os fins não justificam os meios” e que só provas fidedignas é que são capazes de retirar o indivíduo de sua zona de liberdade para a restrição de direitos ocasionada pela sanção ao ato ilícito:

Nesse diapasão, mais uma consequência da correta realização da cadeia de custódia é adequar o processo penal aos princípios fundamentais do Estado de Direito. Entre esses, o devido processo legal, tão caro ao direito processual penal, uma vez que possibilita chances reais de defesa por parte do acusado.

Assim, uma cadeia de custódia bem-feita traz suas consequências em um segundo momento – no processo. Será nele que todo o trabalho realizado pelos agentes Estatais, feito de forma coerente e conforme as formalidades exigidas produzirão seus frutos. Visa-se diminuir ao máximo a discricionariedade judicial e assim a decisão não dependerá do juízo de valor acerca da interioridade dos agentes Estatais. Além do que, regras objetivas e precisas são fortes instrumentos de escudo contra o decisionismo. (RAMOS, 2021, p. 157).

As fases da produção probatória são de extrema importância para a busca da verdade no processo penal. Segundo Gomes Filho (1997, p. 84-85), a prova penal é um dos pilares fundamentais do sistema acusatório, sendo responsável por embasar a decisão judicial. As fases da produção probatória compreendem desde a fase de investigação, em que são colhidos os primeiros indícios e elementos de prova, até a fase de julgamento, em que as provas são apresentadas e analisadas pelo juiz. Durante esse processo, são observados princípios como o da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, garantindo assim a imparcialidade e a justiça na apreciação das provas. Portanto, é essencial que as fases da produção probatória sejam conduzidas de forma profissional e criteriosa, a fim de assegurar a efetividade do direito processual penal.

¹⁰⁴ “A idoneidade dos vestígios é fator primordial no contexto de uma perícia, uma vez que poderemos comprometer todo o trabalho e com isso, estarmos prejudicando o conjunto da investigação criminal e do processo judicial posterior” (ESPINDULA, 2009. p. 86).

Cabe, neste ponto, discorrer um pouco sobre a importância da cadeia de custódia frente ao princípio da paridade de armas no processo. Ainda que alguns enxerguem o Estado como o mais fraco no direito penal, em razão da criminalidade organizada instituída, não se pode olhar o sistema de justiça dessa maneira. A hipossuficiência, na realidade, é do cidadão, ante a estrutura de que dispõe o Estado para efetivar uma acusação. Transpondo esse princípio à produção probatória, em um primeiro momento, sempre se pensa no direito do cidadão em acompanhar a atividade persecutória, garantindo, assim, seu legítimo direito de defesa, mas é necessário contrapor a atividade estatal como garantidora da paz social.

O ônus da prova é de quem “denuncia”, ao que os órgãos de persecução criminal, na consecução de suas atividades referentes à segurança pública e à efetividade do próprio sistema de justiça, incorrem nos custos (principalmente financeiros) que já se encontram dissipados em sua própria estrutura do Estado. A estrutura estatal é, assim, imprescindível, mas, a sua magnitude deve ser controlada. Exigir, pois, regras de lisura a quem pode e deve cumpri-las é, sem dúvida, sinônimo de justiça. A estrutura de separação de poder de Montesquieu (1994) - *checks and balances* - é concebida para a paz, a segurança e o bem do povo (LOCKE, 2005).

Defronte dessa estrutura do Estado encontra-se o cidadão, uno, que, na grande maioria das vezes, está desprovido de condições mínimas ao enfrentamento de seus problemas econômicos e sociais, agravados, agora, a problemas judiciais. A justiça gratuita e a assistência jurídica às expensas do próprio Estado são alguns mecanismos que atendem ao contraditório e à ampla defesa, mas também ao direito de igualdade. A igualdade no processo é de meios, de estrutura, a garantir a própria defesa. Aqui é que a salvaguarda da cadeia de custódia deve ser objeto de reflexão: se a norma é aplicável (se impõe) apenas ao “poder persecutório” (quase que como uma entidade) e/ou também àquele que se defende.

O fundamento da cadeia de custódia, como já visto, é garantir a “pureza” da prova (imaculada), o que Prado (2014a, p. 16) chama de “mesmidade”¹⁰⁵, sua fidedignidade, ou seja, sua integridade, o que, pela norma e mesmo pela doutrina e pela jurisprudência, se daria entre outros pela possibilidade de sua rastreabilidade. É a própria intersecção de integridade e rastreabilidade.

A questão aqui – ainda sobre os limites do instituto da cadeia de custódia, que servirão de base para a breve discussão sobre a sua quebra – está na sua finalidade, qual seja, o convencimento daquele que aplica a lei. Como indissociável da própria prova está: (1) o direito, nela mesma insculpida, de sua produção e (2) o direito a uma decisão justa, (3) garantida a sua

¹⁰⁵ “[...] o princípio pelo qual se determina que “o «mesmo» que se encontrou na cena [do crime] é o «mesmo» que se está utilizando para tomar a decisão judicial” (PRADO, 2014a, p. 16-17).

condição imaculada¹⁰⁶, eis que, em situação hipotética, quando todos os elementos indiciários estiverem apontando para a culpabilidade do cidadão, e sua defesa estiver centrada em uma prova absolutória cuja custódia não foi cumprida por seu desconhecimento técnico e jurídico (de quem fiou a prova)¹⁰⁷.

Não se pretende discutir a utilização (admissibilidade) de provas ilícitas quando do *in dubio pro reo*. A grande questão é até onde a instrumentalidade do processo é tão sinônimo de justiça social ou não. Como já se afirmou, parece haver um excesso no rigor da forma (formalismo) ordenada, quando a cadeia de custódia parece ser muito mais uma questão principiológica do que positivista. É possível que um regramento estanque acabe por ser prejudicial ao próprio sistema de justiça. Não se trata, aqui, da total falta de parâmetros ou rigor¹⁰⁸, mas que sejam indicados pelo próprio Poder Judiciário. Não se pode esquecer, aqui, que a atividade de persecução do crime protege, além de direitos coletivos, direitos individuais. A não persecução não é uma opção de civilização, mas, sim, de barbárie.

Importante intervenção sobre a aplicação dos princípios, como uma das razões da atividade judicial, é feita por Facinni Neto (2017, p. 60), donde importará a experiência jurídica:

Quando se diz, entretanto, que o juiz há de decidir a partir de *princípios*, essa questão fica renuída. Mormente se os princípios são concebidos não como entes dados previamente, de forma a serem alcançados por um esforço intelectual individual dos

¹⁰⁶ Por maculada consideram-se todas as condições (características) da prova, de legalidade e licitude, a serem avaliadas por quem forma a sua capacidade decisória nela mesma.

¹⁰⁷ Ainda que se tenha no Direto Penal pátrio o ditame de que cabe a quem acusa o ônus da prova, cabe a quem defende desconstituí-la, o que, por vezes, significa verdadeira produção probatória. Isso se agrava quando se trata de crimes de natureza formal. A preocupação com essa atividade resultou na edição de normativo do Conselho Federal da OAB sobre as investigações defensivas, conceituadas como “o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte”. CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Provimento nº 188/2018. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. 2018. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 3 jul. 2023.

¹⁰⁸ Ao julgar o HC 214908, o Ministro Gilmar Mendes, considerando laudos periciais genéricos e o descarte de todo o material probatório apreendido, sem a possibilidade de contraprova, decidiu pela quebra de cadeia de custódia da “prova”, eis que impossível o seu controle epistêmico. Quanto à vigilância do Poder Judiciário, afirmou que “te[m] reiteradamente afirmado, não se deve banalizar o uso e a admissão de persecuções penais, pois tal atitude afronta não só as normas legais e jurisprudenciais vigentes, mas também o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, entre nós, tem base positiva no artigo 1º, III, da Constituição Federal. Nesse sentido, o uso excessivo do aparato estatal viola a acepção originária deste princípio, que proíbe a utilização ou a transformação do homem em mero objeto dos processos e das ações estatais. É dever do Estado respeitar e proteger o indivíduo contra a exposição a ofensas ou humilhações”, considerando, ainda, que “as falhas acusatórias são inúmeras e tão graves a ponto de praticamente inviabilizar o exercício do direito de defesa, enquanto que o acusado, ainda assim, trouxe ao processo relevantes elementos excludentes de autoria e materialidade delitiva”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC nº 214.908. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 27 de setembro de 2022. [2022a]. Diário Judicial Eletrônico. Brasília. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354542379&ext=.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2023.

juízes, e, sim, pelo contrário, com a perspectiva de que o manejo dos princípios aponta, efetivamente, para os limites que se há de impor ao ato de aplicação judicial, em ordem de afastar dessa mesma aplicação as convicções políticas, morais e pessoais de quem decide; por isso que os princípios se vão afirmando e modificando ao longo do tempo e dependem de interpretações da prática jurídica como um todo.

Sobre a aplicação do direito, conclui, então, o autor:

Para tal intento, porém, há desse afastar a conjectura infundada de que o Direito reside na mera subsunção de fatos e regras, como se somente delas o Direito se compusesse, com potenciais zonas de penumbra devolvidas à discricionariedade criativa judicial. O Direito deve preocupar-se com a *applicatio*; deve levar em conta a facticidade, atender aos princípios e, em última instância, à Constituição. Que seja ascensão dessa categoria normativa uma espécie de pressuposição disso, aqui se não deve alhear o Direito Penal. (FACINNI NETO, 2017, p. 60).

A restrição que foi imposta no presente texto legal, quanto a uma forma de cumprimento da cadeia de custódia, definida tão somente para os vestígios de interesse da perícia, pode gerar esse resultado, qual seja, um rigor maior às áreas técnicas, impelidas a garantir o Estado de Direito frente ao poder que detém, mas também pode gerar verdadeira baderna de provas forjadas (manipuladas de má-fé). Esse é o equilíbrio que os operadores do direito deverão buscar na cadeia de custódia “da prova”, e não do vestígio.

Quanto à extensão da utilização da cadeia de custódia, já se observa que o Poder Judiciário tem ampliado o instituto para fins de provas e evidências, nos termos do que vigorava anteriormente à reforma legislativa de 2019, inclusive com uma aplicação retroativa¹⁰⁹:

Ressalte-se que embora os dispositivos legais relativos à cadeia de custódia da prova somente tenham sido positivados em 2019, com a aprovação do pacote anticrime, ou seja, após o auto de apreensão, as diretrizes estabelecidas por essa teoria já se encontravam consolidadas no âmbito da doutrina e da jurisprudência, razão pela qual entendendo serem aplicáveis ao caso.

Convém mencionar importante ensinamento de Prado (2014, p. 3), ao sustentar sobre a larga utilização do instituto da cadeia de custódia:

A cadeia de custódia fundamenta-se no princípio universal de ‘autenticidade da prova’, definido como ‘lei da mesmidade’, isto é, o princípio pelo qual se determina

¹⁰⁹ A aplicação retroativa do instituto da cadeia de custódia não é unânime entre os tribunais: “DESCONHECIMENTO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA. REGRAMENTO INSERIDO PELO PACOTE ANTICRIME. NORMAS NÃO VIGENTES À ÉPOCA. TEMPUS REGIT ACTUM. [...] “No que tange ao alegado desconhecimento da cadeia de custódia, no tocante às mensagens de WhatsApp juntadas aos autos, é cediço, nos termos do art. 2º do CPP, que: ‘A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior’. Assim, não é possível se falar em quebra da cadeia de custódia, por inobservância de dispositivos legais que não existiam à época [...]”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no HC nº 739.866. Relator: Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 10 de outubro de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2219535&num_registro=202201304431&data=20221010&peticao_numero=202200759985&formato=PDF. Acesso em: 13 jul. 2023.

que o mesmo que se encontrou na cena é o mesmo que se está utilizando para tomar a decisão judicial'. Compreende-se, pois, que a formação e preservação do elemento probatório sejam cercadas de cuidados, independentemente da previsão expressa de regras processuais penais no direito ordinário.

Sobre o entendimento da ampliação da necessidade da observância da cadeia de custódia sobre toda a atividade processual penal probatória, há que se refletir sobre a possibilidade da democratização da atividade pericial¹¹⁰, tão importante para o próprio processo atualmente. O saudoso Ministro Nelson Hungria (*apud* FUCK, 2012, p. 53), com a sua perspicaz inteligência, que lhe era peculiar, ao reconhecer a essencialidade de exame de corpo de delito (ou perícia médica) para atestar omissão ou imperícia em tratamento hospitalar que levou paciente a óbito, assim reconheceu a importância da atividade pericial:

A perícia se impõe toda vez que haja necessidade de apreciação científica ou técnica de questões em torno de certos fatos que podem influir na solução do caso criminal. [...] O juiz pode valer-se de sua cultura geral, mas onde há necessidade de conhecimentos especializados, não pode dispensar a elucidação de peritos, não pode ele usurpar função de peritos. Está obrigado por lei a determinar a perícia sempre que se tenha de proceder a uma indagação que exija particular conhecimento de determinada ciência ou arte, alheia aos estudos jurídicos.

Finalmente, ainda sobre a importância da prova pericial, no que parecia um conflito aparente de ideias (em estudos diversos) do professor Fernando Capez, é possível observar, entretanto, duas facetas das perícias (exame de corpo de delito): a primeira decorre do seu entendimento (des)valorativo do instituto, pela desnecessidade da produção dessa prova, eis que retiraria do magistrado o seu poder de convicção; noutra, o entendimento que, para o crime de porte ilegal de armas (de natureza formal), seria o exame essencial para demonstrar a materialidade do delito¹¹¹.

Ambos os entendimentos, que não são contraditórios entre si (mas complementares), acabaram, entretanto, por não prosperar, seja na própria doutrina, seja na jurisprudência, seja numa e outra, eis que são indispensáveis os exames de corpo de delito, excetuado em crimes de natureza formal. Contudo, destas posições complementares sobre o assunto, pode-se inferir, da indagação de Tourinho Filho (*apud* CUNHA, 2018), as próprias conclusões sobre a importância

¹¹⁰ Tem-se, aqui, democratização como o possível efeito da produção pericial de laudos sobre a cadeia de custódia da prova apresentada. As análises técnicas seriam realizadas, assim, em verdadeira prova sobre a prova, por exemplo, sobre probabilidades de estar ou não fraudada. Entende-se que a produção da prova sobre a prova constituirá menos demanda à já escassa estrutura de Estado do que a necessidade de se fazer prova pericial sobre toda a produção probatória a existir, o que poderia gerar uma falência do próprio *jus puniendi*, em verdadeira ditadura da perícia. Não se discute a sua importância, mas a sua essencialidade.

¹¹¹ “Sendo assim, a realização de prova pericial é imprescindível para aferir sua potencialidade lesiva. Sem a perícia, não será tecnicamente possível saber se era ou não arma de fogo [...]” (CAPEZ, 2012, p. 390).

do tema: “se, com os exames de corpo de delito, muitos erros judiciários têm sido cometidos, a que extremos não chegaríamos, se a lei os dispensasse?”.

Independentemente, assim, da maior ou menor assertividade da limitação da cadeia de custódia para “de vestígios” (de interesse da perícia), é importante afirmar que é uníssono que a incorporação legislativa se destaca pela preservação fiel da fonte da prova, sendo importante, como já visto, a sua fiabilidade. Entende-se, ainda assim, pela necessidade de, no presente estudo, ampliar a aplicação do instituto de vestígio¹¹², para evidências, indícios e provas, ou simplesmente “das provas”¹¹³, entendimento que guarda, como visto, afinidade com a doutrina e jurisprudência sobre o tema.

Para efeitos do presente estudo, essa alteração implicará uma análise mais conceitual sobre a quebra da cadeia de custódia e seus efeitos para o direito. A (re)leitura será, talvez, mais discricionária do que positivista, tendo em vista o entendimento de que os procedimentos definidos em lei foram estabelecidos para exames periciais.

3.2 Breves considerações sobre a quebra da cadeia e seus efeitos

Discutido o fundamento processual penal em que se insere a cadeia de custódia, bem como a extensão de sua aplicabilidade (para “da prova”), há que se estudar os possíveis efeitos da quebra da cadeia de custódia para o direito processual penal.

Inicialmente deve-se observar, como já afirmado, que a reforma legislativa de 2019, ao positivar o instituto da cadeia de custódia, acabou em não estabelecer conceito e consequência do que se trata na literatura como “quebra da cadeia de custódia”.

Para definir a quebra da cadeia de custódia, se faz necessário, assim, entender os parâmetros a serem discutidos. Como já afirmado, a manutenção da cadeia de custódia é uma garantia tanto do acusado quanto do juízo, de forma que, caso haja alguma divergência de informação prestada nos autos, as partes podem sempre recorrer à prova autêntica para avaliar se o equívoco se tratou do processo ou da preservação da prova.

¹¹² Utilizar-se-á o termo vestígio quando se tratar propriamente do corpo de delito.

¹¹³ Januário (2021), sobre a terminologia das “provas”, ainda que tratando da produção probatória na fase do contraditório, afirma que “[...] a título de esclarecimento terminológico, que ao empregarmos o termo “cadeia de custódia da prova” no âmbito das investigações internas, o fazemos por fidelidade à forma pela qual o próprio instituto é conhecido na doutrina e jurisprudência. Não queremos com ele dizer, necessariamente, que todos os elementos colhidos neste âmbito das investigações internas reúnem as condições necessárias para serem considerados “provas” em sentido estrito, tal como previsto, por exemplo, no Artigo 155 do Código de Processo Penal Brasileiro, que assim considera somente aquelas produzidas em contraditório judicial”. JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Cadeia de custódia da prova e investigações internas empresariais: possibilidades, exigibilidade e consequências processuais penais de sua violação. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 2, p. 1453-1510, mai./ago. 2021. DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.453>.

Para ilustrar essa dupla garantia, traz-se exemplo de trecho de julgado em que houve discrepância na informação sobre a quantidade de maços de cigarro estrangeiro em possível crime de contrabando, o que, segundo decidido, não ocasionou a quebra da cadeia de custódia do processo, uma vez que nele foi possível aferir suficiente conteúdo probatório:

In casu, embora se tenha reconhecido a divergência da quantidade de cigarros apreendidos constantes no auto de infração confeccionado pela Receita Federal (1.050 maços) e no auto de apreensão e exibição da polícia civil (10.050 maços), não se pode falar na quebra da cadeia de custódia, uma vez que há provas suficientes nos autos para condenação, tendo em vista que ficou comprovado que o acusado manteve em depósito pelo menos 1.050 maços de cigarros estrangeiros sem a devida documentação de regular internalização em território nacional. Assim, tal situação não induz à imprestabilidade da prova, tendo em vista que ficou comprovado que os 1.050 maços pertencem mesmo ao acusado, o que configura o delito¹¹⁴.

Não é objeto do presente trabalho analisar decisórios sobre a cadeia de custódia, considerando se a decisão coaduna-se ou não com os ditames legais e/ou se seguem ou não entendimentos doutrinários, entre outras questões. Tratar-se-á apenas daqueles em que as discussões acrescentem substância doutrinária ao presente, sem que haja, inclusive, juízo de valor. A intenção é apenas demonstrar como os tribunais estão enfrentando a questão e possíveis divergências jurisprudenciais e/ou doutrinárias.

No caso citado acima, é importante verificar que se pugnou pela quebra da cadeia de custódia devido a divergência no numerário de maços de cigarros apreendidos. Como pontos importantes da decisão, destaca-se que (1) a existência de prova suficiente da materialidade (os 1.050 maços ao invés de 10.500 mantidos em depósito pelo acusado) não ensejaria em quebra da cadeia de custódia, bem como (2) o réu não logrou êxito em demonstrar prejuízo na contradição apontada, tendo sido aplicado o princípio *pas de nullité sans grief*, previsto no art. 563 do CPP: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. Transcrever-se-á, ainda, a seguir, o conceito de quebra elaborado:

O instituto da quebra da cadeia de custódia diz respeito à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade. Tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita¹¹⁵.

¹¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no AgREsp nº 1.847.296. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 22 de junho de 2021. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 28 de junho de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100493816&dt_publicacao=28/06/2021. Acesso em: 30 jun. 2023.

¹¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no HC nº 752.444. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 10 de outubro de 2022. [2022b]. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2223174&nu>

Da mesma sorte, Badaró (2017, p. 524) afirmou que a possibilidade de adulteração da fonte da prova real não consistiria, em si, em quebra da cadeia de custódia: “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”.

Por tudo isso, muito se discute acerca da “quebra da cadeia de custódia”, sobre uma desconfiança institucional na capacidade do Estado em manter a neutralidade na relação processual. Essa quebra não seria o mero rompimento imotivado das precauções procedimentais do conjunto probatório; seria a impossibilidade de refazer o caminho de coleta, processamento, transporte e descarte, sem possibilidade de saneamento.

Neste ponto, sobre a responsabilidade (capacidade) do Estado e a quebra da cadeia de custódia, o Ministro Gilmar Mendes firmou entendimento no sentido de que “não há que se falar em quebra da cadeia de custódia quando os vestígios não estão em poder do Estado”¹¹⁶. Essa decisão acaba por corroborar o entendimento de que, quando se trata de cadeia de custódia, nos termos do CPP, está-se, sim, tratando da atividade (pericial) que ocorre incondicionalmente¹¹⁷.

Para, então, avaliar com mais precisão a quebra da cadeia de custódia, se faz necessária a realização de um recorte em referência à sua aplicabilidade: quando dos vestígios e quando das provas em geral, eis que, conforme já exteriorizado, entende-se que o rito do art. 158 se aplica apenas aos primeiros.

m_registro=202201976462&data=20221010&peticao_numero=202200792998&formato=PDF. Acesso em: 11 jul. 2023.

¹¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. AgRg no RHC n. 133.430/PE. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, 23 de fevereiro de 2021. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 26 de fevereiro de 2021. [2021a]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2025013&num_registro=202002175828&data=20210226&peticao_numero=202100042552&formato=PDF. Acesso em: 12 jul. 2023

¹¹⁷ Já foi afirmada a importância da produção probatória defensiva. Não se discutirá a cadeia de custódia sobre esse tipo de prova, eis que isso ultrapassaria o interesse primordial, que é o de melhor compreender a atividade estatal. Faz-se necessário, entretanto, afirmar que, a respeito de sua importância, sua incorporação não será das mais fáceis quando se estiver tratando exatamente da preservação da fonte da prova. Ao tratar da possibilidade de se cumprir a cadeia de custódia de provas produzidas em investigações internas, Januário (2021) afirma que questionamentos (desconfiança) sobre essas poderiam ocorrer no fato de uma falta de isenção das empresas frente às possíveis benesses que legislações que tratam de *compliance* conferem: “[...] neste espaço de verdadeira ‘privatização’ das investigações, não pode ser descartada a possibilidade de que empresas eticamente ‘questionáveis’ conduzam essas diligências de maneira abusiva e desproporcional, violando direitos e garantias dos eventuais envolvidos, ou então, que haja uma tentativa de ‘direcionamento’ do resultado das investigações para afastar a responsabilidade da corporação e de ocupantes de cargos hierarquicamente superiores, em desfavor de colaboradores subordinados”. JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Cadeia de custódia da prova e investigações internas empresariais: possibilidades, exigibilidade e consequências processuais penais de sua violação. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 7, n. 2, p. 1453-1510, mai./ago. 2021. DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.453>.

Quando se vê a arma do crime, o dinheiro sendo contado por um político, ou se escuta a vociferação do xingamento em palavras de baixo calão, na percepção de mundo, imediatamente se associa o elemento material ou imaterial à própria percepção de prova de um delito. A prova, entretanto, não é um elemento, é um instrumento¹¹⁸, como bem definiu o art. 155 do CPP, para a convicção de quem julga.

A produção probatória no processo penal se dá em duas fases distintas: uma inquisitiva (pré-processual) e outra com contraditório (processual). O que as distingue é tão somente a existência desse elemento. Dessa forma, por exemplo, seria possível a concessão de uma medida cautelar para produção de prova (*inaudita altera pars*) também na fase processual, apesar de se tratar de uma medida sem o direito ao contraditório, bem como é possível a realização de exame de corpo de delito, nessas mesmas condições. É importante destacar que essa produção probatória não é feita à margem da lei; ela se arrazoa pela necessidade da preservação de uma prova em que se tem uma fundada preocupação quanto ao seu perecimento.

Esses elementos obtidos para a instrução processual, nessa situação extraordinária, se constituem em “prova” quando devidamente contraditados, nos termos do art. 155 do CPP.

O fundamento da cadeia de custódia é, como exaustivamente discorrido, a preservação da integridade da prova (epistemologicamente – preservação da fonte), garantindo-se a sua fidedignidade, sem a ocorrência de alterações quaisquer. A cadeia de custódia se inicia, assim, como também afirmado, na preservação do local do crime, para que não sejam alterados o estado e conservação das coisas mediante o primeiro juízo de valoração, daí submetendo-se os vestígios, quando for o caso, à atividade pericial nos termos do art. 158-B, ou, quando não houver necessidade de encaminhamento para análise técnica, cumprindo-se a cadeia de custódia, serão, então, encaminhados para análise da autoridade policial. De uma maneira ou de outra, a cadeia se inicia na preservação do primeiro estado da prova (vestígio), até o trânsito em julgado da decisão absolutória ou condenatória – quiçá até o transcurso de tempo necessário a uma possível Revisão Criminal.

Considerando um critério valorativo (evolutivo) poder-se-ia considerar que a cadeia de custódia deverá ser cumprida desde a coisa (preservação do local do crime) até a prova (descartados oportunamente)¹¹⁹.

¹¹⁸ Nos ensinamentos Noronha (1983, p. 87), é possível observar, mesmo, esse caráter instrumental existente entre o fato, a norma, o meio, a convicção e a decisão: “o processo é o conjunto de atos legalmente ordenados, para a apuração do fato, da autoria e a exata aplicação da lei. O fim é este: a descoberta da verdade. Da aplicação da lei trata a sentença que dirime o litígio; da apuração da verdade, a instrução. Esta é, pois, a fase do processo em que as partes procuram demonstrar o que objetivam: o acusador a pretensão punitiva, o acusado sua defesa”.

¹¹⁹ Estarão incluídos neste processo vestígios, evidências e indícios. Sobre a diferença entre vestígios, evidências e indícios, afirma Dias Filho (2009): “Esses termos são frequentemente utilizados como sinônimos. Porém,

Considerando a obrigatoriedade da preservação da prova¹²⁰, independentemente, ou não, do cumprimento dos ritos específicos do art. 158-B, é essencial que haja uma definição do que é juridicamente a quebra da cadeia de custódia (*break in the chain of custody*). Destaca-se, neste ponto, que, nas principais decisões sobre o assunto (STF e STJ)¹²¹, inexistiu uma definição do instituto por afirmação. O STJ, por exemplo, o define como uma negativa:

A quebra da cadeia de custódia tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita. O instituto abrange todo o caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade¹²².

A quebra se dá, assim, na inobservância dos procedimentos próprios para manter a fiabilidade da prova, na preservação da sua fonte, quando sob a responsabilidade estatal, sendo

num contexto criminalístico, existe uma diferenciação importante em suas semânticas formais. [...] Enquanto o vestígio abrange, a evidência restringe e o indício circunstância. Como se nota a seguir. O Código de Processo Penal brasileiro traz que, na presença de vestígios, o exame de corpo de delito será indispensável sob pena de nulidade. O objetivo primo do exame referido é a comprovação dos elementos objetivos do tipo, essencialmente no que diz respeito ao resultado da conduta delituosa, através de vestígios. Entretanto, não há dispositivo legal que defina precisamente o que vem a ser um vestígio, mesmo porque a lei não é o espaço para fins de definição. Mas é provável que esta ausência de definição jurídica também decorra do fato de a palavra ser empregada num sentido próximo do comum, não necessitando de um critério normativo específico. [...] evidência é o vestígio que, após avaliações de cunho objetivo, mostrou vinculação direta e inequívoca com o evento delituoso. Processualmente, a evidência também pode ser denominada prova material. [...] indício seria uma circunstância conhecida, provada e necessariamente relacionada com o fato investigado, e que, como tal, permite a inferência de outra(s) circunstância(s). [...] O indício surge num instante processual, quando às evidências foram agregados fatos apurados pela autoridade policial (quando do inquérito) ou ministerial (quando da denúncia). Então, toda informação que tem relação com o relevante penal é um indício, seja ela objetiva ou subjetiva. Entretanto, o indício se aparta das conclusões periciais quando puramente subjetivo. Logo, o indício originário de uma evidência é sempre decorrente de um procedimento pericial e, portanto, objetivo. Na processualística penal, há quem intitule o indício resultante de subjetividade de prova indiciária (Mazzilli, 2003). Assim sendo, podemos deduzir que a evidência é o vestígio que, mediante pormenorizados exames, análises e interpretações pertinentes, se enquadra inequívoca e objetivamente na circunscrição do fato delituoso. Ao mesmo tempo, infere-se que toda evidência é um indício, porém o contrário nem sempre é verdadeiro, pois o segundo incorpora, além do primeiro, elementos outros de ordem subjetiva”. DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. Cadeia de custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 98, n. 883, p. 436-451, maio 2009.

¹²⁰ Conforme asseverado anteriormente, no disposto em jurisprudência do STF: “[...] embora os dispositivos legais relativos à cadeia de custódia da prova somente tenham sido positivados em 2019, com a aprovação do pacote anticrime, ou seja, após o auto de apreensão, as diretrizes estabelecidas por essa teoria já se encontravam consolidadas no âmbito da doutrina e da jurisprudência, razão pela qual entendo serem aplicáveis ao caso”. (BRASIL, 2022a).

¹²¹ Podem-se apontar os seguintes julgados: BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quinta Turma. AgRg no AgREsp 1847296. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 22 de junho de 2021. DJE 28/06/2021; BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sexta Turma. HC 653515. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, 23 de novembro de 2021. DJe de 1/2/2022; BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quinta Turma. AgRg no RHC 143169. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 7 de fevereiro de 2023. DJe 02/02/2023 e BRASIL. STF. Segunda Turma. HC 214908. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 27 de setembro de 2022.

¹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. RHC nº 77.836/PA. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 5 de fevereiro de 2019. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 12 de fevereiro de 2019. [2019b]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602865444&dt_publicacao=12/02/2019 Acesso em: 12 jul. 2023

apenas um dos pontos a serem considerados pelo magistrado quando da efetiva evidência da falta dessa integridade probatória¹²³.

A redoma em que se insere a cadeia de custódia é fundamentada na dignidade da pessoa humana e, por isso, quebra-la atentaria contra não apenas o sistema processual, como também contra direito fundamental, considerado cláusula pétrea pelo direito brasileiro. Tamanha afronta é grave tanto do ponto de vista ético quanto do ponto de vista da conformação do sistema processual pátrio, razão pela qual a cautela legislativa em conferir maior atenção a esse assunto se mostra premente.

Nesse sentido, a quebra da cadeia de custódia provocada pela inobservância dos procedimentos e formalidades legais pelos agentes Estatais, seja pelo desrespeito à mesmidade ou à desconfiança, acarreta a falta de integridade e com isso de confiança nesses elementos probatórios e, por consequente, consagra a sua ilicitude, o que impede que essa prova seja valorada dentro do processo. (MENEZES; BORRI; SOARES, 2018).

Ademais, não se pode esquecer dos graves efeitos oriundos da cultura do aproveitamento de irregularidades. Nesse sentido, não se pode incentivar que apesar da quebra da cadeia de custódia, os elementos probatórios derivados dela sejam aproveitados, pois isso acarretaria um indesejável incentivo aos responsáveis pela investigação pré-processual. A mensagem transmitida seria erroneamente a de que agem de forma correta e não precisam remodelar a maneira como investigam e que todas as reformas sistêmicas acerca da evolução das provas, fica claro que não é a melhor forma de conseguir punir direito, ou seja, dignamente e de acordo com a lei. Assim, para começar a mudança na mentalidade dos agentes Estatais acerca da forma de investigar e angariar provas, é preciso que fique claro que provas obtidas de forma irregular ou ilegal não serão aceitas de modo algum. Somado a isso, o contraditório, a ampla defesa, a paridade de armas e principalmente, o devido processo legal, tornam imprescindível a preservação da cadeia de custódia. Só assim a defesa terá garantido tratamento equânime ao da acusação, com o conhecimento integral dos fatos e provas desses fatos imputados. (RAMOS, 2021).

O silêncio legislativo acerca desse assunto faz eclodir raciocínios e teorias mais diversas sobre o que fazer quanto a cadeia é quebrada e qual seria o momento processual ideal para essa

¹²³ Conforme, entretanto, voto do Desembargador Jair Soares, “a mera alegação, sem a prova do comprometimento das imagens extraídas do aparelho celular do coautor ou dos objetos relacionados no auto de apresentação e apreensão n. 32/2022, não é capaz de caracterizar quebra da cadeia de custódia e, por conseguinte, a nulidade da prova”. DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Segunda Turma Criminal. Apelação Criminal nº 0709214-33.2022.8.07.0001. Relator: Desembargador Jair Soares. Julgamento em 29 de junho de 2023. Diário Oficial da União. Brasília, 04 de julho de 2023. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=&numero=1719960&tipoDeRelator=TODO&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS\]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=&numero=1719960&tipoDeRelator=TODO&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 12 jul. 2023. .

constatação (MATIDA, 2020). Esse silêncio é reconhecido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no seguinte excerto de ementa:

Se é certo que, por um lado, o legislador trouxe, nos arts. 158-A a 158-F do CPP, determinações extremamente detalhadas de como se deve preservar a cadeia de custódia da prova, também é certo que, por outro, ficou-se em silêncio em relação aos critérios objetivos para definir quando ocorre a quebra da cadeia de custódia e quais as consequências jurídicas, para o processo penal, dessa quebra ou do descumprimento de um desses dispositivos legais. No âmbito da doutrina, as soluções apresentadas são as mais diversas¹²⁴.

A cadeia de custódia pode ser quebrada tanto com o falseamento de evidências como também pela falta de documentação ou pela documentação parcial da cadeia de custódia (BADARÓ, 2017, p. 524). A perda da unidade da integralidade da prova coletada também é possível de caracterização de quebra, ainda que a parte remanescente permaneça íntegra¹²⁵. Isso significa que a ausência de registro, ainda que as evidências se apresentem incólumes, também incorrem na referida quebra.

Outro desafio acerca da manutenção da integridade da cadeia de custódia é a obsolescência de tecnologia quando se tratar de preservação de provas arquivísticas. No meio digital, a documentação e o respectivo rastreamento envolvem especificação de *hardware*, *software*, suporte – e a evolução natural desses meios pode incorrer em alguma dificuldade na interpretação dos registros em que foram feitos. Por isso, “durante o ciclo de vida dos documentos será necessário implementar uma série de estratégias de preservação para mitigar os efeitos da obsolescência tecnológica” (SANTOS; FLORES, 2020).

Ainda, como visto, a legislação brasileira não propôs consequências práticas quando essa quebra da cadeia de custódia acontecer. Em outras palavras, a lei assinala que é importante manter a integridade processual das provas, mas não sinaliza os efeitos processuais ou materiais da inobservância dessa regra. Nesse sentido, não há previsão das obrigações do magistrado perante esse tipo de cenário, se haveria alguma consequência prática para o violador da cadeia de custódia ou sequer sobre manutenção, desentranhamento, descarte ou relativização do valor probatório da evidência sobre a qual pairam dúvidas acerca da integridade da custódia (SOARES; BORRI, 2020).

¹²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Habeas Corpus nº 653515. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, 23 de novembro de 2021. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 01 de fevereiro de 2022. [2022d]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2073941&num_registro=202100831087&data=20220201&formato=PDF. Acesso em: 10 jul. 2023.

¹²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC nº 160662. Relator: Ministra Assusete Magalhães, 18 de fevereiro de 2014. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 17 de março de 2014. [2014a]. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=33803036&tipo=5&nreg=201000153608&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140317&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 13 jul. 2023.

Equívoco seria, entretanto, reduzir a discussão da cadeia de custódia à inadmissibilidade *per se* da prova ilícita ou invocar o “fruto da árvore envenenada” como solução de todos os problemas relacionados a ela, sem que se verifique, em juízo de valor, a suposta inidoneidade da prova, uma vez que o fundamento, como visto, está na sua própria preservação, presente principalmente na fase de sua produção.

Falar de inadmissibilidade da prova ilícita, por si só, não resolve o problema de sua integridade: a prova pode ser ilícita porque foi ilicitamente coletada, ou transportada, ou mantida, ou processada, ou ainda porque foi adulterada, ainda que todos os procedimentos de preservação tenham sido cumpridos.

Nestes termos, é possível afirmar que a contaminação seria do momento impróprio para frente e não de toda a produção (início, meio e fim), pois a falta de rastreabilidade da prova nem sempre compromete toda a cadeia. Ademais, muitas vezes é possível refazer a parcela do caminho considerada inidônea ou duvidosa, saneando a possível incongruência verificada no percurso processual penal. Por isso, entende-se que a menção pura e simples à inadmissibilidade de prova ilícita não serviria quando se trata de cadeia de custódia.

Quanto aos efeitos do descumprimento da cadeia de custódia, existem hoje duas correntes majoritárias¹²⁶: (1) pela ilicitude da prova, ilegitimidade e inadmissibilidade no processo, e/ou anulabilidade, absoluta ou relativa e (2) a prova permanece legítima e lícita, procedendo-se, tão somente, à sua valoração¹²⁷.

Pela inadmissibilidade, cumpre destacar o entendimento de Prado (2014):

A rigor, além de escavar lacunas nos elementos probatórios e torná-los porosos e carentes de dados capazes de orientar em outra direção a conclusão judicial acerca dos fatos penalmente relevantes, a quebra da cadeia de custódia indica a perversão dos fins da cautelar: no lugar da aquisição e preservação de elementos informativos, a medida tende a instrumentalizar ações abusivas de supressão de alguns destes

¹²⁶ Entende-se que as duas posições acabam por, mais ou menos, englobar diversos entendimentos sobre as possíveis “soluções doutrinárias” para a quebra da cadeia de custódia. O Ministro Rogério Schietti acaba por reconhecer quatro, dentre outras possíveis: (1) que o descumprimento de regra legal não ensejaria imprestabilidade imediata, eis que a fiabilidade poderia ser observada por outros meios, inclusive porque a prova poderia deixar de ser íntegra por outras formas que não apenas aquelas elencadas na lei, por má-fé do agente público, por exemplo (teoria defendida por Bruno Monteiro de Castro Brandão); (2) que a violação acarretaria a ilicitude da prova e, conseqüentemente, sua inadmissibilidade (teoria que tem por “precursor” Geraldo Prado); (3) que a violação decorreria da inobservância de normas processuais, sujeita à teoria das nulidades, ilegitimidade (exemplificativamente aponta Renato Brasileiro Lima); e (4) que a questão é de valoração da prova, não de sua validade. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Habeas Corpus nº 653515. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, 23 de novembro de 2021. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 01 de fevereiro de 2022. [2022d]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2073941&nu_m_registro=202100831087&data=20220201&formato=PDF. Acesso em: 10 jul. 2023.

¹²⁷ É possível identificar, como defensores da primeira corrente, Lopez Junior e Rosa (2015), Prado (2019, 2014, 2014a), Junqueira *et al.* (2020), Barros (2015) e Parodi (2021) e, da segunda, Nucci (2020), Badaró (2017), Magno e Comploier (2021) e Capez (2023).

elementos, esgrimindo os remanescentes com apoio no efeito alucinatório das evidências. (PRADO, 2014, p. 88).

Pela admissibilidade, destaca-se o afirmado por Badaró (2017):

No caso de vícios ou irregularidade na documentação da cadeia de custódia, a prova não deve ser necessariamente considerada ilícita, sendo admissível sua produção. Se houver elementos concretos que permitam dúvidas da autenticidade ou integridade da fonte de prova, ante a probabilidade de que a mesma tenha sido adulterada, substituída ou modificada, a sua valoração exigirá um reforço justificativo, demonstrando o porque ser possível confiar na autenticidade e integridade de tal fonte, para valorar seu conteúdo. (BADARÓ, 2017, p. 536).

Para sanar essa lacuna processual, Badaró (2017) vislumbra exatamente essas duas soluções: inadmitir a prova no processo por ilegitimidade ou sanear o vício da cadeia de custódia por meio de valoração diferenciada da prova. Essa proposta influi diretamente na discussão acerca do momento adequado de verificação da quebra da cadeia de custódia. Para a primeira vertente exposta pelo professor, o momento seria na fase de admissão e, para a segunda, quando da valoração da prova. A inclinação por uma vertente ou por outra dependeria do grau de aproveitamento da prova equivocadamente custodiada, seja para excluí-la - primeira vertente, seja para valorá-la de forma diferenciada - segunda vertente (MATIDA, 2020).

A jurisprudência do STJ, em casos de quebra de cadeia de custódia, tem se inclinado no sentido de analisar (1) o grau do erro (da violação)¹²⁸; (2) às vezes, se houve prejuízo para a defesa¹²⁹ e (3) o conjunto probatório (valorando-a no contexto geral)¹³⁰.

No que tange ao STF, o acórdão da lavra do Ministro Gilmar Mendes acaba por realizar análise sobre os três parâmetros citados, ao analisar (1) o grau da violação da cadeia de custódia (destruição de parte que poderia servir de contraprova, bem como laudos periciais genéricos), bem como pelo (2) prejuízo demonstrado na “inviabilização do exercício do direito de defesa”

¹²⁸ Julgados da Quinta e Sexta Turmas do STJ, demonstravam, em alguns pontos, certas divergências sobre os efeitos do descumprimento da cadeia de custódia. O julgado no Agravo Regimental no RHC nº 143.169 é paradigmático, entretanto, em afirmar que a questão sobre a inadmissibilidade da prova haveria de considerar o grau da violação ao instituto: “Finalmente, entendo não haver contrariedade entre a proposta ora encaminhada e o precedente firmado pela Sexta Turma no julgamento do HC 653.515/RJ, relatado pelo Ministro Rogério Schietti Cruz [...] De fato, permanece a conclusão de que a eventual inobservância de alguma das regras dos arts. 158-A a 158-F do CPP (inclusive inaplicáveis ao caso dos autos, tendo em vista o princípio *tempus regit actum*, como visto acima) não gera, por si só, a inadmissibilidade da prova ou a absolvição do réu – como explicado pelo precedente acima indicado. Cabe ao juiz avaliar se os demais elementos dos autos são capazes de assegurar que a prova é confiável, sendo ônus da acusação apresentá-los. Apenas concluo que, no caso dos autos, não há nada que garanta a idoneidade das provas produzidas pela polícia, tendo em vista a completa ausência de documentação dos atos por ela praticados no manuseio dos computadores apreendidos na residência do réu. Nenhum outro elemento foi produzido pelo Ministério Público para comprovar que o corpo de delito permaneceu inalterado enquanto submetido à custódia policial; nada há que demonstre ser o material supostamente extraído dos computadores o mesmo que neles constava quando do cumprimento da busca e apreensão, e nem há uma forma objetiva de agora fazê-lo, já que a polícia não atentou para os procedimentos técnicos aplicáveis. Em outras palavras, não é a simples violação de alguma regra protocolar que fundamenta a declaração de inadmissibilidade das provas neste caso, mas sim a constatação de que a acusação e a polícia não tiveram nenhum cuidado com a documentação de seus atos no tratamento da prova, nem apresentaram nenhuma outra prova que garantisse a integridade do corpo de delito submetido à perícia. Nesse cenário, a quebra da cadeia de custódia, com gravíssimo prejuízo à confiabilidade da prova manuseada sem o menor profissionalismo pela polícia, parece-me evidente”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no RHC nº 143169. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 07 de fevereiro de 2023. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 02 de março de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=178069980®istro_numero=202100573956&publicacao_data=20230302&peticao_numero=202200877923. Acesso em: 12 jul. 2023. .

¹²⁹ A análise do prejuízo da defesa não se confunde com a comprovação da quebra. No nosso sistema jurídico, cabe ao poder público a demonstração da cadeia de custódia. Não se trata, aqui, da comprovação do vício, mas do efeito que ele ocasionou para a defesa (cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no AgREsp nº 1.847.296. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 22 de junho de 2021. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 28 de junho de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100493816&dt_publicacao=28/06/2021. Acesso em: 30 jun. 2023).

¹³⁰ O Ministro Rogério Schietti afirma o seu entendimento sobre a prevaência da análise do conjunto probatório formado sobre a inadmissibilidade da prova por ter a mesma ocorrido na quebra da cadeia de custódia, ainda que, no caso em concreto, o réu tenha logrado êxito em absolvição sobre um dos crimes: “com a mais respeitosa vênua àqueles 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-me 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”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Habeas Corpus nº 653515. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, 23 de novembro de 2021. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 01 de fevereiro de 2022. [2022d]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2073941&num_registro=202100831087&data=20220201&formato=PDF. Acesso em: 10 jul. 2023.

e (3) ao analisar que o conjunto probatório não demonstrava o cometimento do delito (a parte teria apresentado notas fiscais que comprovavam o registro do revendedor no Inmetro), em que sua conclusão não foi outra senão pela declaração da ilicitude da prova:

Penal e processo penal. Habeas corpus. Crime contra as relações de consumo. Venda de produtos impróprios para consumo – art. 7º, IX, da Lei 8.137/90. Apreensão de isqueiros com supostos selos do Inmetro falsificados. Alegação de ausência de justa causa pela falta de indicação dos elementos não verdadeiros. Laudos periciais genéricos. Descumprimento à norma do art. 170 do CPP. Destruição dos produtos apreendidos. Quebra da cadeia de custódia da prova. Arts. 158-A e 158-B do CPP. Doutrina e precedentes, inclusive anteriores à previsão legal e vigentes à época dos fatos. Impossibilidade do controle epistêmico da validade da prova. Inviabilização do exercício do direito de defesa. Apresentação, por parte da defesa, das notas fiscais e do registro do revendedor no Inmetro. Acolhimento da alegação de ausência de justa causa para instauração e desenvolvimento válido do processo. Concessão da ordem, com o trancamento definitivo da ação penal^{131 132}.

Da decisão do AgRg no RHC nº 143.169, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas¹³³, entende-se, realmente, que as posições firmadas pelas Quinta e Sexta Turmas estão mais em convergência do que divergência. É certo que será possível aparar algumas arestas, principalmente no que tange ao grau de violação da cadeia de custódia, para apuração dos seus efeitos.

Sobre o cumprimento da cadeia de custódia das provas produzidas pelo poder público, vislumbra-se, assim, que realmente esta deva ser a regra a prevalecer. Não por flexibilização de qualquer norma cogente, mas porque parece ser adequada interpretação do devido processo legal ao livre convencimento motivado do juiz. A medida, ainda, serve de parâmetro de política criminal pela viabilidade de uma prestação jurisdicional eficaz, eis que a norma posta na reforma de 2009 acabou por trazer corretas obrigações ao Poder Público, sem que, entretanto, o tivesse provido de meios, caso o entendimento fosse pela necessidade de exames técnicos

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC nº 214.908. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 27 de setembro de 2022. [2022a]. Diário Judicial Eletrônico. Brasília. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354542379&ext=.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2023.

¹³² Será importante observar o entendimento do STF quanto aos efeitos da quebra da cadeia de custódia da prova eis que, ainda que na citada decisão tenham-se efetivado as análises apontadas, existe citação de (1) acórdão do STJ, cujo entendimento pela ilicitude da prova acabou por não prosperar (HC 160.662), bem como de (2) entendimento firmado pelo professor Geraldo Prado, cuja doutrina prega a ilicitude da prova, e, ainda, expressa o Ministro Gilmar Mendes que “em casos de descumprimento da norma que estabelece a manutenção da cadeia de custódia da prova, não resta outra solução à autoridade judicial além de declarar a ilicitude da prova produzida em virtude da violação ao dispositivo previsto pelo art. 5º, LVI, da CF/88 (‘são proibidas, no processo, as provas obtidas por meio ilícito’), tendo em vista a ausência de garantias epistêmicas que possibilitem a averiguação da validade da prova”

¹³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no RHC nº 143169. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 07 de fevereiro de 2023. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 02 de março de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=178069980®istro_numero=202100573956&publicacao_data=20230302&peticao_numero=202200877923. Acesso em: 12 jul. 2023.

para toda e qualquer produção probatória. Essa preocupação, inclusive, foi externada por Costa, Resende e Benedetti (2022), representantes da Polícia Judiciária, a quem compete as obrigações de cumprimento.

Resta, entretanto, para os aplicadores do direito processual penal, dirimir as questões sobre a cadeia de custódia e a produção probatória realizada pelos acusados. Será imperativo uma reflexão sobre a cadeia de custódia da prova produzida em contraditório judicial (observadas as normas constantes nos arts. 155 a 157 do CPP, admitida como lícita): se devem ser excluídas do processo em razão da falta desta ou se o critério deve ser pela valoração da prova.

Ainda que o assunto já tenha sido tratado na seção 3.1 – Rastreabilidade e Integridade na cadeia de custódia (dos vestígios, das evidências e/ou das provas) –, reafirma-se a preocupação inicial. Em outro caso hipotético, suponha-se que a parte apresente uma cópia eletrônica de um *e-mail* sem que esteja comprovada a sua cadeia de custódia. Inexistindo regra própria (cogente) sobre o assunto, deveria o mesmo ser inadmitido, ainda que a outra parte, em contraditório, não tenha sequer contestado a prova? Eis, ainda, que questões importantes acompanharão o assunto: Quais serão os procedimentos aplicados à observação da cadeia de custódia sobre “provas” produzidas em contraditório? O leigo saberá se valer da tecnologia necessária à produção de provas eletrônicas (custo financeiro e tecnológico)¹³⁴? O que será considerado quebra e quais os seus efeitos? Poderá a exigência de procedimentos inviabilizar a defesa?

Badaró (2017, p 517-538) defende, a princípio, que existirá uma aproximação a entendimentos já firmados em jurisdições estrangeiras, em que pese, inclusive, uma aplicabilidade mais longa, mediante, claro, uma necessária adaptabilidade entre os sistemas jurídicos (*common e civil law*), possivelmente pela admissibilidade dessas provas produzidas, sem que, por exemplo, seja admitida regra pela qual a parte investigada tenha que demonstrar os vícios probatórios, que competem ao Estado. Segundo o autor, a doutrina norte-americana considera desnecessário eliminar totalmente a possibilidade de alteração ou substituição da prova. Em vez disso, é suficiente demonstrar ao julgador que a prova é confiável. Nos casos em que a cadeia de custódia não pode ser facilmente identificada ou está muito vulnerável a alterações, é exigido um nível mais alto de demonstração, pelo menos uma probabilidade razoável de sua integridade¹³⁵.

¹³⁴ Ou seja, será possível a cadeia de custódia? É possível a preservação ou esta será utópica aos cidadãos?

¹³⁵ “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*, em toda produção da prova é ônus da parte, considerada

De forma semelhante, ainda que as corporações tenham recursos (técnicos e financeiros) à preservação da cadeia de custódia de provas, Januário (2021, p. 1490) afirma sobre a possibilidade da utilização, pelo processo penal, de provas produzidas por entes privados:

Desta sucinta análise e no que toca aos específicos interesses dos presente trabalho, é possível depreender que o especialista tem, no âmbito da obtenção de elementos digitais em investigações internas, não apenas o dever de colhê-los e manuseá-los de acordo com os procedimentos científicos aplicáveis, preservando sua integralidade e autenticidade, mas também a obrigação de registrar cada uma das etapas deste procedimento, para que constem os respectivos intervenientes, os específicos momentos de coleta e manuseio, os métodos empregados e o estado em que os dados foram obtidos. Essa documentação é fundamental no sentido de tentar assegurar a rastreabilidade destes elementos e viabilizar o acesso e eventual impugnação pelos interessados.

Estas considerações certamente serão válidas também para as demais espécies de evidências colhidas no âmbito de uma investigação interna, sendo que em cada qual, serão aplicados os respectivos procedimentos e metodologia científica, sendo crucial, em todo caso, a documentação e registro das etapas, métodos, cronologia e intervenientes.

Parece, assim, que o exercício do direito de defesa deverá, também, corroborar para a possibilidade da valoração das provas produzidas, ainda que em desconformidade com procedimentos da cadeia de custódia (a depender de análise criteriosa por parte do magistrado).

Ganhará relevo a questão da prova sobre a prova, que certamente acabará integrando essa valoração. Sobre o assunto, será importante observar como a jurisprudência vai se comportar, por exemplo, sobre a (in)admissibilidade da prova produzida exclusivamente por meio do *print screen* da tela da ferramenta *WhatsApp Web*. Esse tema encontra-se em discussão no STJ, onde se ilícito *per se* ou se necessária a comprovação da fraude processual¹³⁶.

protagonista da atividade probatória e verdadeira ‘dona’ da prova por ela produzida, considera-se que quem produz a prova é responsável por demonstrar a integridade da cadeia de custódia. A *Rule 901* 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 possibilidade de alteração, substituição ou mudança de condição da fonte de prova apresentada em juízo. 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. 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 supere esse risco, ou a prova será excluída: Evidente que tal concepção, pela diferença dos sistemas, deve sofrer adaptações, quanto 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” (BADARÓ, 2017. p. 534-535).

¹³⁶ Pela nulidade *per se* (Sexta Turma): “Esta Sexta Turma entende que é inválida a prova obtida pelo *WhatsApp Web*, pois ‘é possível, com total liberdade, o envio de novas mensagens e a exclusão de mensagens antigas

Finalmente, há que se destacar que já reverbera o entendimento de que o conceito de provas ilícitas se restringe ao Poder Público, o que afeta a admissibilidade de provas sem que se comprove a sua cadeia de custódia (preservação da fonte)¹³⁷. Nesse sentido, o Ministro Celso de Melo afirmou em decisão singular:

No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política.¹³⁸

(registradas antes do emparelhamento) ou recentes (registradas após), tenham elas sido enviadas pelo usuário, tenham elas sido recebidas de algum contato. Eventual exclusão de mensagem enviada (na opção ‘Apagar somente para Mim’) ou de mensagem recebida (em qualquer caso) não deixa absolutamente nenhum vestígio, seja no aplicativo, seja no computador emparelhado, e, por conseguinte, não pode jamais ser recuperada para efeitos de prova em processo penal, tendo em vista que a própria empresa disponibilizadora do serviço, em razão da tecnologia de encriptação ponta-a-ponta, não armazena em nenhum servidor o conteúdo das conversas dos usuários’ (RHC 99.735/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 12/12/2018). 4. Agravo regimental parcialmente provido, para declarar nulas as mensagens obtidas por meio do print screen da tela da ferramenta WhatsApp Web, determinando-se o desentranhamento delas dos autos, mantendo-se as demais provas produzidas após as diligências prévias da polícia realizadas em razão da notícia anônima dos crimes”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. AgRg no RHC n. 133.430/PE. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, 23 de fevereiro de 2021. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 26 de fevereiro de 2021. [2021a]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2025013&num_registro=202002175828&data=20210226&peticao_numero=202100042552&formato=PDF. Acesso em: 12 jul. 2023. Pela possibilidade de sua utilização (Quinta Turma): NULIDADE DA PROVA. PRINTS DE MENSAGENS PELO WHATSAPP. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. NÃO VERIFICAÇÃO. AUSÊNCIA DE ADULTERAÇÃO DA PROVA OU DE ALTERAÇÃO DA ORDEM CRONOLÓGICA DAS CONVERSAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] No presente caso, não foi verificada a ocorrência de quebra da cadeia de custódia, pois em nenhum momento foi demonstrado qualquer indício de adulteração da prova, ou de alteração da ordem cronológica da conversa de WhatsApp obtida através dos prints da tela do aparelho celular da vítima. [...] Não se verifica a alegada 'quebra da cadeia de custódia', pois nenhum elemento veio aos autos a demonstrar que houve adulteração da prova, alteração na ordem cronológica dos diálogos ou mesmo interferência de quem quer que seja, a ponto de invalidar a prova. [...] As capturas de tela não foram os únicos elementos probatórios a respaldar a condenação, que foi calcada também em outros elementos de prova, como o próprio interrogatório do acusado, comprovantes de depósito, além das palavras da vítima”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no HC n° 752.444. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 10 de outubro de 2022. [2022b]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2223174&num_registro=202201976462&data=20221010&peticao_numero=202200792998&formato=PDF. Acesso em: 11 jul. 2023.

¹³⁷ Ainda, como já afirmado, em aplicação análoga, a quebra da cadeia de custódia apenas ocorrerá quando o vestígio estiver em poder do Poder Público: “Agravo regimental em *habeas corpus*. 2. Provas colhidas em inquérito policial. Nulidade. 3. Não há que se falar em quebra da cadeia de custódia quando os vestígios não estão em poder do Estado. 4. O pronunciamento da instância ordinária de que teria ocorrido contato telefônico entre o paciente e o alvo da investigação não pode ser afastado sem o revolvimento do conjunto fático-probatório, vedado em sede de *habeas corpus*. Precedente. 5. Agravo regimental desprovido”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC n° 202907. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 23 de novembro de 2021. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 30 de novembro de 2021. [2021b]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758465227>. Acesso em: 11 jul. 2023.

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. RE n° 251.445/GO. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário Oficial da União. Brasília, 03 de agosto de 2000. P. 68. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/verDecisao.asp?numDj=149&dataPublicacao=03/08/2000&incidente=1764552&capitulo=6&codigoMateria=3&numeroMateria=106&texto=821830>. Acesso em: 29 jun. 2023.

O presente tópico tratou da importância da manutenção da cadeia de custódia e do silêncio legislativo acerca da inobservância de algum dos procedimentos nela contidos. Abordou também as possíveis saídas jurisdicionais de aproveitamento dos trabalhos conduzidos ao longo da cadeia de custódia e perspectivas práticas de preenchimento dessa lacuna legislativa, para que se possa, então, analisar a cadeia de custódia especificamente sobre o crime de (formação) de cartel.

4 CADEIA DE CUSTÓDIA E O CRIME (DE FORMAÇÃO) DE CARTEL

O Capítulo 4 destina-se a (1) explicitar o recorte metodológico utilizado no presente trabalho; (2) conceituar o crime de formação de cartel como complexo, de difícil comprovação; (3) refletir sobre a visualização das etapas de cadeia de custódia enumeradas (no art. 158-B do Código de Processo Penal) para este tipo penal; para, então, (4) modular a aplicação da cadeia de custódia para a correspondente infração administrativa, de forma a verificar quais são as práticas que se coadunam entre a esfera processual penal e o processo administrativo sancionador.

4.1 Recorte metodológico

A cadeia de custódia é tema que transpassa diversos campos do direito – cível, criminal ou administrativo (sancionador) – e, por isso, é vasto assunto a ser explorado e debatido, razão pela qual se faz necessário um recorte metodológico, a ser explicitado para fins de desenvolvimento dos demais tópicos.

Inicialmente, não é objeto central deste estudo a distinção conceitual entre vestígios, evidências e indícios, razão pela qual o tema foi abordado apenas de forma a compreender o conceito de cadeia de custódia da prova (desde a “coisa”, vestígio ainda não valorado)¹³⁹.

Também não é objeto deste estudo a digressão conceitual ou filosófica acerca da busca da verdade real, o que, da mesma forma, foi assunto abordado superficialmente, tão somente para o melhor entendimento dos fundamentos da cadeia de custódia. Não se presta, o presente, a analisar detalhadamente as fontes de prova que o julgador ou a acusação podem acessar, tampouco o processo de formação do convencimento do juiz para exercício do *jus puniendi*. Isso porque o levantamento das fontes e possibilidades de prova não estão no escopo deste trabalho, mas, sim, reitere-se, o tratamento da prova, razão pela qual serão analisados, ainda neste capítulo, os meios de prova¹⁴⁰.

Optou-se por analisar o panorama da cadeia de custódia em crimes anticompetitivos em razão da *expertise* profissional do autor nesse campo, a despeito de haver outros tipos de crime cuja cadeia de custódia que também mereceriam capítulo próprio. Ademais, a peculiaridade dos cartéis, que integram uma subdivisão de crime econômico, reside na tipificação penal

¹³⁹ Neste estudo, a discussão dogmática não se fez necessária nessa diferenciação, porque o foco é o tratamento da prova, independentemente de sua categorização ou de sua força probatória ou potencial valoração.

¹⁴⁰ Tem-se meios de prova, na definição de Greco Filho (1998, p. 199), como “instrumentos pessoais ou materiais aptos a trazer ao processo a convicção da existência ou inexistência de um fato”.

complexa¹⁴¹ e imprecisa decorrente da intervenção do Estado na economia (PRADO, 2009, p. 35), o que abre espaço para amplo debate acerca da conformação probatória de materialidade.

Outro ponto importante sobre a especificidade escolhida (crime de cartel), para além dos meios de prova, reside nos tipos de provas (que acabam definindo o próprio meio de obtenção), que normalmente fazem parte da persecução criminal desse delito: usualmente documental e testemunhal.

Caso se optasse por um recorte maior, por exemplo, “para crimes econômicos”, haveria a necessidade de abordar, entre outros, os procedimentos referentes à cadeia de custódia de vestígios dos crimes tipificados na Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC¹⁴²) e na Lei nº 8.137/1990 (Lei de crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo¹⁴³), que envolveriam análise técnica sobre vícios de produtos (estado das coisas).

É certo, entretanto, que o estudo realizado poderá servir de interesse a outros crimes com características probatórias semelhantes. No caso do cartel, sua repercussão pode ser conferida ao fato de que atualmente, embora haja diversas ilicitudes enumeradas, este se constitui como a única infração administrativa, prevista na legislação de defesa da concorrência, tipificada como crime¹⁴⁴.

¹⁴¹ Sobre a devida proteção penal de bens jurídicos de interesse coletivo, Faccini Neto (2017, p. 396-397) assevera que “[...] não deixaria de ser problemático, da perspectiva constitucional de igualdade, assentar de forma indubitosa a lesão à propriedade como algo socialmente lesivo e, com isso, merecedor de pena, e de pena de prisão, como no geral fixada, ao mesmo tempo em que se deixam fora do campo de punição ataques à confiança no mercado de capitais e outros pontos de dispersão coletivos, indispensáveis para o desenvolvimento da maneira de argumentar “representa um frontal desconhecimento do caráter fragmentário do Direito Penal, o qual, de resto, seria menos gravoso do que um frontal desconhecimento do princípio da igualdade. Se uma idônea arrecadação de receitas públicas não deixa de revelar-se como um interesse de natureza coletiva, dada sua característica elementar de não distributividade, uma vez que não é possível dizer qual a parte cabível a cada indivíduo, isto porém não afasta a sua propensão de afetar a qualidade de vida de outras pessoas, particularmente aquelas que por suas condições pessoais têm o seu destino mais atrelado ao desenvolvimento de prestações estatais, bem como justamente por isso, assinala uma dimensão de desrespeito e desconsideração, de quem age, em desfavor daquilo que lhe não seja próprio”.

¹⁴² BRASIL. Lei nº 8.078, de 10 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 15 jul. 2023. Em especial os arts. de 61 a 80.

¹⁴³ BRASIL. Lei nº 8.137, de 26 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 15 jul. 2023. Em especial seu art. 7º.

¹⁴⁴ Essa preferência legislativa de sancionar esse ilícito também na esfera penal se dá pelos graves efeitos da conduta, como destaca Braga (2018, p. 68-69): “A visão de que cartéis são ‘a antítese do livre funcionamento do mercado’ acaba por conferir-lhes atenção especial em virtude da gravidade desse tipo de infração em arcabouços normativos do Brasil e de diversos países no sentido de que essas infrações são ‘o mal supremo do antitruste’. Cartéis ocorrem geralmente de modo organizado e com efeitos muitíssimo mais lesivos que os de outras práticas econômicas ilícitas do ponto de vista da competição. Acrescente-se que cartéis são criados de maneira ardilosa, com as finalidades primordiais de enganar os investigadores e o consumidor, de falsear a concorrência e/ou de apropriarem-se indevidamente de renda. Essa visão suscita uma importante constatação: cartéis têm elevadíssima reprovabilidade social e devem ser punidos com maior rigor que outras práticas anticompetitivas, o que tem alimentado discussões sobre mecanismos que criam ou desestimulam

Nesse contexto, tratar-se-á da cadeia de custódia em crimes de cartel no direito brasileiro, uma vez que ela desempenha papel relevante quanto à preservação das provas nos crimes de cartel.

4.2 Complexidade do tipo penal

A complexidade dos crimes cometidos dentro das pessoas jurídicas se inicia no como se combater crimes crime que se adaptaram as estruturas organizacionais das próprias empresas. A formação de cartel, aqui, ganha especial contorno, tendo em vista que a lucratividade, base do capitalismo empresarial, também o é a essa própria criminalidade. As práticas empresariais são racionais, lógicas e antecedem, mesmo, essa atividade criminosa.

As pessoas do mesmo ofício raramente se encontram, mesmo para festas e diversão, mas a conversação sempre termina numa conspiração contra o público, ou em alguma maquinação para elevar os preços. É impossível, com efeito, evitar tais reuniões, por qualquer lei que poderia ser executada ou que fosse consistente com a liberdade e a justiça. Mas se a lei não pode impedir que pessoas do mesmo ofício se reúnam por vezes, nada deveria fazer para facilitar tais reuniões, ou torná-las necessárias. (SMITH, 2017, p. 107).

O crime de cartel ganha relevância na discussão acerca da cadeia de custódia porque afeta o interesse coletivo e não apenas a esfera de direitos do Estado. É que a justiça social inscrita nesses tipos penais se sobrepõe aos interesses individuais comumente protegidos por ilícitos envolvendo vida e liberdade.

Antes de prosseguir, aponta-se a definição de cartel que será utilizada ao longo deste estudo:

Cartéis são comumente definidos como acordos, ajustes ou mesmo troca de informações sobre variáveis comercialmente sensíveis entre concorrentes com o objetivo de alterar artificialmente as condições de mercado com relação a bens e serviços, restringindo ou eliminando a concorrência. Os cartéis operam essencialmente por meio da fixação de preços ou de condições de venda, limitação da capacidade produtiva ou distributiva ou divisão de mercados ou de fontes de abastecimento. (MARTINEZ, 2013, p. 36-37).

Mais ainda, esse tipo de delito tem como caminho alguma distorção no exercício da atividade empresarial que gerou uma conduta típica, antijurídica e culpável¹⁴⁵. Nesse sentido,

comportamentos e, portanto, se remédios antitruste devem ganhar mais espaço em deliberações antitruste”. (BRAGA, 2018).

¹⁴⁵ Não é objeto do presente trabalho uma extensa discussão dogmática sobre o delito, mas se faz necessário afirmar a possível discussão sobre a própria distorção do comportamento humano tipificado para o crime econômico, em especial de formação de cartel, frente ao esperado comportamento econômico da maximização de lucros a qualquer preço, inclusive, por que não, com base em acordos entre concorrentes. A base do direito antitruste, inclusive, é o estudo do próprio truste, ou seja, do comportamento conjunto que ocorre entre empresas (concorrentes ou não – aumento do poder de mercado ou poder econômico, quando da ocorrência de fusões

muito embora os bens jurídicos individuais sejam deveras importantes, o meio pelo qual os ilícitos concorrenciais ocorrem é o que lhes configura ponto de interesse¹⁴⁶.

O tipo do crime de cartel, na atualidade, pode ser encontrado em três normativos jurídicos, a saber: Lei nº 8.137/90 (cartéis em mercados privados), art. 337-F do Código Penal¹⁴⁷ (tipificado pela nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/21) e a revogada Lei nº 8.666/93, considerando seus efeitos para os crimes cometidos anteriormente à vigência da atual (nessas duas últimas, cartel em licitações públicas).

A tipificação, assim, do crime de cartel é observada no Brasil em uma subdivisão referente ao bem jurídico tutelado. Se o crime gera efeitos em transações comerciais privadas, encontra-se tipificado na Lei nº 8.137/90. Se, entretanto, gera efeitos em transações “comerciais” em compras públicas, sua tipificação será a do art. 337-F do CP. Há, assim, no crime, uma distinção entre cartel em compras públicas e em mercados privados (por bem o legislador incluiu circunstância qualificadora objetiva em respeito à gravidade do delito)¹⁴⁸.

verticais, por exemplo): se na formação de conglomerados, se na ocorrência de acordos escusos, se no esperado comportamento natural baseado em eficiência.

¹⁴⁶ “[...] o intuito do cartel *hard core* é unicamente aumentar o lucro total do grupo de empresas pertencentes ao conluio, por meio da mimetização de uma situação de monopólio, que é o pior tipo de organização industrial que se pode observar sob o prisma do bem-estar social, em geral, e do bem-estar do consumidor, em particular, pois há transferência de renda do consumidor para o produtor ou para ninguém. Dada uma situação inicial, então, os beneficiários do conluio são apenas os membros do cartel, pois não se verifica qualquer eficiência econômica com o ato. Pelo contrário: há geração inequívoca de ineficiência social. O resultado que esse tipo de cartel gera, assim, é a supressão (total ou parcial) da concorrência, resultando em aumento do preço e/ou diminuição da quantidade, na transferência do excedente do consumidor para o produtor e na consequente criação do *deadweight loss* (DWL), que representam os consumidores que tiveram que sair deste mercado porque o preço ficou muito acima do que eles poderiam ou desejariam pagar. Essa, aliás, é a razão econômica para justificar que cartel seja analisado pela regra *per se*”. CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002812/2010-42. Relator: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, 13 de junho de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 19 de junho de 2018.

¹⁴⁷ Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório

¹⁴⁸ Sem, ainda, voz doutrinária exposta (tampouco judicial), diante da reforma legislativa referente à Lei nº 14.133/21 (nova Lei de Licitações), em eventos profissionais (experiência pessoal do autor), dúvidas começam a aparecer sobre a extinção do crime específico de formação de cartel em licitações públicas, persistindo tão somente o tipo penal de cartel previsto na Lei nº 8.137/90. O entendimento seria que o art. 337-F do CP não tipificaria o crime de cartel em licitações públicas, mas tão somente o crime de fraude a caráter competitivo da licitação pública. A verdadeira celeuma jurídica se dá inicialmente em razão de o art. 337-F ter retirado a tipologia (obrigatória no art. 90 da Lei nº 8.666/93) do “ajuste, combinação ou qualquer outro expediente” para que se tenha a frustração ou fraude do caráter competitivo do processo licitatório. Se a reforma legislativa acabou por tipificar [também ou exclusivamente] os delitos individuais, sem a presença de pluralidade de agentes (anteriormente prevista), bem como se transfere o caráter de norma específica para a Lei 8.137/90 (explica-se: para que ocorra o crime de cartel, se faz necessário que as pessoas físicas representem empresas concorrentes, se as empresas são de um mesmo grupo econômico, com mesmo grupo decisório, ter-se-á, então, o crime de fraude, onde duas empresas simulam uma competição). Quanto à tipificação exclusiva, é como se ocorresse uma *abolitio* dos crimes com pluralidade de agentes, e isso não parece nada razoável, dado que seria necessária a previsão de exclusividade para determinado agente sobre o domínio do fato, o que ocorre em crimes próprios, o que não é o caso. A discussão permanecerá, sim, na especialidade da norma. É importante destacar que essa discussão já podia ser observada, mesmo, na vigência da Lei nº 8.666/93, onde, em processos judiciais, em alguns casos, ocorriam denúncias por infração aos arts. 4º, II, a, b e c, da Lei 8.137/90 (formação de cartel em mercados privados) e ao art. 90, *caput*, da Lei 8.666/93 (fraude/cartel em compras públicas), em concurso

Faz-se importante, aqui, então, uma breve análise dos verbos que compõem o elemento do tipo de cartel. Para os cartéis em mercados privados, incide na formação de cartel quem “abusa do poder econômico”¹⁴⁹ (mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas) ou “forma acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes”¹⁵⁰. Para os cartéis em licitações públicas, incide na formação de cartel quem “frustra[r] ou fraudar[r] [...] o caráter competitivo do processo licitatório”¹⁵¹.

Existe, ainda, diferença entre os dois tipos (privado e público). O art. 4º da Lei nº 8.137/90 prevê que o crime de cartel (inciso I) ocorrerá quando “dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência” e/ou (inciso II) visar “à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas”; “ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas”; ou “ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores”¹⁵².

Destaca-se que inexistente cartel que não domine parcialmente a concorrência – ao menos dois agentes de mercado restringiram de alguma forma suas atividades para reduzir a competição entre elas –, tampouco que não incorra em fixação de preços de (re)venda, ou

formal. Em decisório próprio, o STJ, verificando existência de conflito aparente de normas, quando da incidência de mais de uma norma repressiva em uma única conduta criminosa, entendeu que haveria uma relação de hierarquia ou dependência entre elas, de forma que apenas uma seria aplicável, prevalecendo no caso a específica do crime contra a administração pública. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta turma. Resp 1.623.985/SP. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 17 de maio de 2018. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 6 de junho de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602327349&dt_publicacao=06/06/2018. Acesso em: 10 jul. 2023. Esta, inclusive, parece ser a melhor leitura para a nova tipificação do Código Penal. A especificidade pode ser observada, inclusive na correção de uma distorção que existia (entre a Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 8.137/90) quanto à previsão punitiva das normas que vigiam (a norma referente ao crime contra a administração pública possuía pena inferior ao crime contra a ordem econômica, ainda que esta última proteja bem coletivo, o que também a tornaria passível de condição qualificadora). Assim, parece razoável a preservação da especialidade em razão da matéria (crime contra a administração pública), não havendo que se falar em aplicação de norma geral (cartel como crime contra a ordem econômica), mesmo porque os atos (verbos) permaneceram inalterados entre a Lei 8.666/93 e a nova tipificação do art. 337-F.

¹⁴⁹ Parte da doutrina entende o inciso I do art. 4º da Lei nº 8.137/90 como crime autônomo, não se constituindo por formação de cartel (MARTINEZ, 2013, p. 189-190). Para o presente estudo, entretanto, valer-se-á da sua também tipificação como cartel, considerando que interessa tão somente o tratamento da prova no que se refere ao acordo, não havendo que se fazer essa distinção conceitual.

¹⁵⁰ Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. BRASIL. Lei nº 8.137, de 26 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm. Acesso em: 15 jul. 2023.

¹⁵¹ O art. 337-F do Código Penal (CP) e o art. 90 da Lei nº 8.666/93 possuem os mesmos verbos que compõem o objeto do tipo.

¹⁵² BRASIL. Lei nº 8.137, de 26 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm. Acesso em: 15 jul. 2023.

condições de (re)venda, divisão de mercados, inclusive de clientes, e/ou restrição de oferta de produtos e/ou serviços¹⁵³.

Entende-se, assim, que a consumação do crime não depende da concretização de quaisquer objetivos acordados, mas da própria realização do acordo anticoncorrencial, independente de seus resultados efetivos no mercado. Trata-se, assim, de crime de natureza formal (mera conduta) de perigo abstrato^{154 155}.

O crime de cartel, ainda que de natureza formal, é um fenômeno complexo e de difícil detecção, como apontado por diversos estudos acadêmicos e doutrinas especializadas. De acordo com a literatura, o cartel é uma prática anticompetitiva em que empresas concorrentes se unem para fixar preços, dividir mercados e restringir a entrada de novos concorrentes. No entanto, a natureza clandestina e sigilosa dessas atividades dificulta a identificação e comprovação do crime. Os cartéis operam de forma discreta, muitas vezes utilizando mecanismos de comunicação criptografados e reuniões secretas, o que torna a obtenção de

¹⁵³ É usual que o cidadão (consumidor) vislumbre a formação de cartel tão somente pelo alinhamento de preços; entretanto, este pode atingir restrição a clientes, a territórios e/ou a nível de produção (essas estratégias são utilizadas tanto em mercados privados quanto em licitações públicas). Essa percepção, de preço, se dá em razão do cartel mais conhecido do Brasil ser o de revenda de combustíveis líquidos, que se dá pela combinação de preços. “Na experiência brasileira, a quantidade de reclamações no setor varejista de combustíveis toma quase 1/4 da carga de trabalho do CADE”. CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Avaliação de política de concorrência: estimação de danos no cartel de postos de gasolina em Londrina. Brasília, 2018. [2018a]. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2018/documento-de-trabalho-n02-2018-avalia%C3%A7%C3%A3o-de-politica-de-concorrencia-estimacao-de-danos-no-cartel-de-postos-de-gasolina-em-londrina.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2023.

¹⁵⁴ Segundo o Ministro Jesuíno Rissato: “II - Os crimes de formação de cartel e de fraude a licitação constituem infrações penais de natureza formal. A comprovação da prática dessas modalidades delitivas, portanto, pode ser aferida pela intensão de se associarem os agentes com o propósito de frustrar a concorrência, evidenciada por comportamentos lineares dos participantes do cartel, independentemente da ocorrência de prejuízo econômico alheio ou de benefício próprio imediato”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no REsp n. 1.774.165/PR. Relator: Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), 19 de abril de 2022. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 10 de maio de 2022. [2022c]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=151790064®istro_numero=201802762201&publicacao_data=20220510&peticao_numero=202000128405. Acesso em: 13 jul. 2023. Ainda, transcreve-se parte da decisão do Ministro Rogério Schietti Cruz, em que: “o grupo de empresários e representantes das empresas do ramo de fornecimento de pneus e prestação de serviços de mecânica automotiva realizaram ajustes e concluiu a fim de manter o controle regionalizado do mercado para os estabelecimentos integrantes do cartel (combinando preços e formas de atuação). Ademais, como crime formal, não se exige comprovação da efetiva implementação do controle do mercado ou de qual parcela do mercado foi controlado”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática. HC nº 620.956. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 29 de março de 2023. [2023a]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/?&sequencial=183198502&num_registro=202002774788&data=20230329&data_pesquisa=20230329&tipo=0&componente=MON. Acesso em: 10 jul. 2023.

¹⁵⁵ O legislador pátrio tipificou o perigo do dano. Martinez (2013, p. 188-192), entretanto, entende a formação de cartéis como crime de perigo concreto, exigindo a demonstração da potencialidade de efeitos negativos para ser caracterizada como delito. Enfatiza que o sistema penal não deve ser acionado para reprimir condutas que não afetem a sociedade [como se verá a seguir, entretanto, esse entendimento não é corroborado na jurisprudência do STJ, tampouco possui guarida nos entendimentos firmados pelo Cade.

provas uma tarefa árdua para as autoridades competentes. Além disso, a falta de denúncias e a relutância dos envolvidos em colaborar com as investigações também contribuem para a dificuldade em detectar e punir os responsáveis por essa prática ilícita. Portanto, é fundamental que sejam adotadas estratégias eficientes de combate ao crime de cartel, como a intensificação da cooperação entre órgãos reguladores, a aplicação de técnicas de investigação avançadas e a conscientização dos agentes econômicos sobre as consequências negativas dessa conduta anticompetitiva.

Ao discorrer sobre a lógica da sociedade de risco, apesar de tratar inicialmente do tema de organizações criminosas, Salvador Netto (2018) acaba por trazer assertivas importantes sobre a funcionalidade das empresas, em que pese sua estrutura complexa, sua finalidade lucrativa, poder econômico, dentre outros, que acaba por dificultar a atividade estatal para a imputação de responsabilidades sobre elas, quando do cometimento de ilícitos. Destaca-se o quanto o autor afirma que, na realidade, as organizações criminosas acabam se adaptando ao modelo de negócio dessas empresas, não o contrário¹⁵⁶.

Ainda sobre o tema, Januário (2021, p. 1490), ao discorrer sobre a possibilidade da utilização, pelo processo penal, de provas produzidas por entes privados, inicia seu estudo tratando exatamente dessa estrutura organizacional:

A observada ascensão das corporações a um patamar de protagonismo em diversos setores, viabilizada pela globalização econômica e comunicacional e pela consequente aproximação dos mercados, trouxe consigo uma maior preocupação para com a chamada “criminalidade corporativa” cuja magnitude dos seus potenciais danos tem se mostrado cada vez mais evidente.

Contudo, constata-se que o Estado, por si só, encontra inegáveis dificuldades na regulação e fiscalização das atividades empresariais e mais ainda, na prevenção, investigação e persecução dos ilícitos cometidos no setor, o que se justifica, em linhas

¹⁵⁶ “Essa mencionada complexidade social que marca juridicamente a ruptura com o modelo da quadrilha como paradigma criminal do ajuntamento de pessoas, obviamente não opera exclusivamente no estrito universo da criminalidade. Ao contrário, é o universo da criminalidade que se organiza nos moldes das atividades em geral lícitas e possibilitadas pelos avanços tecnológicos tão caros e observados pelos estudiosos da sociedade de risco. Nesta tese, evidentemente, o importante não é a organização criminosa, cuja finalidade primeira é a prática de crimes. O que aqui interessa são as organizações lícitas, constituídas na forma de pessoas jurídicas e voltadas precipuamente para atividades regulares. Vale dizer, entretanto, que do mesmo modo que a sociedade contemporânea rompe o paradigma da quadrilha ou bando e o substitui pela organização criminosa, igualmente rompe com o paradigma da empresa rudimentar, estabelecendo em seu lugar pessoas jurídicas de alta complexidade de organização, hierarquia funcional, cisão da identidade entre gestores e detentores do capital, divisão de tarefas e dissipação geográfica de atuação. Zuñiga Rodriguez pontua com muita clareza esse fenômeno de despersonalização e institucionalização pelo qual passam, evidentemente, também as organizações lícitas. Para a autora, quanto maior o número de pessoas que compõem um grupo, mais premente se fazem as regras e os padrões de organização e divisão de trabalho. Em suas palavras, ‘as relações do grupo deixam de ser de tipo pessoal’, com a definição de papéis e delegações de autoridade. Simultaneamente a isso, os grupos deixam de ser a mera soma de seus membros, institucionalizam-se, tornam-se ‘um ente distinto com suas regras e dinamismo próprio’. Por óbvio, essas citadas características de despersonalização e institucionalização trarão problemas para as tradicionais balizas do Direito Penal de imputação de responsabilidade pessoal, visto que surge aí a chamada ‘criminalidade de grupo’” (SALVADOR NETTO, 201, p. 56-63).

gerais, pela organização extremamente complexa que estas entidades assumem, pela sua atuação em âmbitos muito técnicos e especializados e pela própria permeação do ambiente empresarial por uma cultura de máxima potencialização dos lucros, ainda que, em alguns casos, às custas da ética e da legalidade.¹⁵⁷

Há ainda o entendimento de que a configuração probatória do cartel pode assemelhar-se à de um crime contra o patrimônio, na hipótese de se entendê-lo como furto de bens que atingem o bem-estar social, o que não representa, entretanto, a totalidade do conceito de cartel nem se confunde com ele (MARTINEZ, 2013, p. 207-208)¹⁵⁸.

Os crimes de cartel contam, ainda, com uma peculiaridade inerente ao conceito, que é a possibilidade de alteração artificial de mercado a partir do conhecimento de variáveis sensíveis da atividade empresarial do concorrente. A efetividade de um cartel perpassa sinteticamente duas etapas: a atuação do agente econômico como monopolista e a minoração da rivalidade entre concorrentes (BRAGA, 2018, p. 59-63). Nesta segunda etapa, o monitoramento entre concorrentes é indispensável para detecção de estratégias de perenidade do ilícito e de traição de acordos, conforme lição de Braga (2018, p. 60):

Para evitar burlas ao movimento colusivo, o cartel adota mecanismos de monitoramento, fiscalização e punição daqueles que não seguem o combinado, característica essa marcante desse tipo de infração e cuja eficácia é refletida na grande duração da conduta. Quando o mecanismo de fidelidade está adequado e funcionando bem ao longo do tempo, a comunicação entre os cartelistas passa a ser dispensável porque os comportamentos já estão bem definidos e os mecanismos de punição a

¹⁵⁷ Sobre o conceito do que chama de “criminalidade corporativa”, Januário (2021, p. 1455) afirma que “No mesmo sentido que Schünemann, podemos considerar como ‘criminalidade corporativa’, ou ‘criminalidade empresarial’, a que engloba os delitos econômicos cometidos por meio de uma atuação para uma empresa, através dos quais sejam lesados bens jurídicos externos, incluídos os interesses dos próprios colaboradores da empresa. Cumpre destacar, porém, que o autor exclui do conceito, os delitos cometidos contra a própria empresa ou contra seus membros, ainda que no cerne empresarial. [...] Conforme observaremos posteriormente, não obstante o conceito aqui adotado, os interesses do presente trabalho vão além das hipóteses apontadas, sendo as investigações internas de central importância também no escopo dos crimes cometidos contra a empresa e através da empresa, contra seus trabalhadores”.

¹⁵⁸ “Nas situações em que um cartel provoca aumento de preços de produtos e serviços, poder-se-ia sustentar que se está subtraindo, surrupiando, tirando às escondidas ‘coisa alheia móvel’, qual seja, dinheiro, de um grupo específico de consumidores. Imagine-se um acordo entre revendedores de postos de combustíveis que tivesse fixado o valor do litro de gasolina em R\$ 2,74, sendo que o preço competitivo vigente anterior ao conluio era de R\$ 2,40. Toda vez que o consumidor recorreu a um posto de combustível integrante do acordo para abastecer seu automóvel, foram-lhe subtraídos, de forma fraudulenta em abuso de confiança, R\$ 0,34 por litro. [...] A situação pode ser comparada à discussão jurisprudencial que distingue estelionato de furto qualificado mediante fraude. Apesar de em ambos haver fraude e subtração de objeto alheio, no primeiro há participação voluntária da vítima, o que não ocorre no último caso. No rol de crimes contra o patrimônio, o estelionato parece, então, ser o tipo mais apropriado para cuidar da conduta de cartel. Contudo, somos da opinião de que não atenderia à melhor política criminal proceder à denúncia da conduta também com base nesse tipo. Interpretação expansiva nos levaria à configuração de crime de estelionato toda vez que houvesse transferência indevida de renda entre agentes da sociedade – como pode acontecer no caso de crime por uso indevido de informação privilegiada no mercado de capitais ou no caso de evasão de divisas contra o Estado. De toda forma, acreditamos que, apesar da conduta de cartel não ser passível de enquadramento formal como crime contra o patrimônio, a analogia é pertinente” (MARTINEZ, 2013, p. 207-208).

traidores, bem desenhados. A estrutura cartelizada estaria, então, culturalmente enraizada nesse mercado.

A materialidade e autoria do crime de cartel encontram-se usualmente em comunicações entre as pessoas físicas que representam as corporações (prova direta de comunicação¹⁵⁹), bem como em comunicações internas que reportam as ocorrências dos acordos (prova indireta de comunicação¹⁶⁰).

Nesse contexto, provas como *e-mails*, mensagens, documentos, planilhas, correspondências, envelopes, registros diversos e outros tipos de evidências devem ser coletadas, armazenadas, manipuladas, processadas e, por fim, descartadas com a observância de procedimentos específicos para assegurar rastreabilidade, validade e admissibilidade junto às instâncias judiciais e administrativas. Esses procedimentos formarão a cadeia de custódia.

Ocorre que essas provas não se encontram disponíveis em qualquer lugar, normalmente. Dos verbos que compõem o tipo penal de cartel (privado como público) resta claro que meios invasivos de investigação serão necessários. São, em sua grande maioria, medidas que implicam exceções às garantias e normas da liberdade individual, tais como a inviolabilidade do domicílio, intimidade e vida privada, eis que o que se pretende comprovar é a comunicação entre os concorrentes para que os acordos sejam efetivados.

¹⁵⁹ Para mercados de produtos homogêneos, as provas diretas de comunicação terão significativa importância, pois, em razão de a competitividade se dar pelo preço, preços serão semelhantes em situação de concorrência ou de formação de cartel. No mercado de revenda de combustíveis líquidos, assim, preços iguais serão um indício da existência de cartel, mas dificilmente se constituirá em prova robusta da sua ocorrência. Da mesma forma, nesses casos, resta dificultada a individualização da conduta pela simples observação desse componente.

¹⁶⁰ Segundo o Guia de Combate a cartéis em licitação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, diante das dificuldades de se detectar um cartel, as provas indiretas se constituem de importante instrumento, principalmente em licitações (algumas, como propostas idênticas, diferentes de modelos editalícios, inclusive com erros ortográficos, podem ser encontradas nos próprios processos de licitação): “com vistas a demonstrar a existência de acordos colusivos, a autoridade de defesa da concorrência pode utilizar tanto provas diretas – documentos que comprovam a existência material do acordo entre os licitantes – quanto as chamadas provas indiretas. Devido à dificuldade de obtenção de provas diretas, as provas indiretas constituem importante meio de prova dos acordos. Na investigação de cartéis em licitação, é comum o uso de provas indiretas, especialmente em termos de comportamentos suspeitos dos participantes que fogem ao que seria esperado em uma licitação normal em que há de fato concorrência entre os licitantes. Exemplos disso são: propostas com erros semelhantes, rodízio de vencedores entre concorrentes e verificação de um padrão na margem de preço das propostas apresentadas. As provas indiretas resultam da interpretação ativa – e.g., inferências lógicas, análises econômicas e deduções – levada a cabo pela autoridade, acerca de fatos e indícios que, analisados em conjunto, comprovariam a infração anticoncorrencial, posto não haver outra explicação plausível para os investigados se comportarem daquela maneira. De um lado, os participantes do cartel, que têm em mãos as provas diretas do acordo, empregam todos os esforços necessários para dissimular sua existência. De outro, as autoridades de defesa da concorrência enfrentam tais estratégias de dissimulação e destruição das provas empreendidas pelos participantes de cartéis por meio do uso de provas indiretas, que possuem importante papel na demonstração da existência de acordos colusivos, conforme verificado na jurisprudência internacional”. CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia de combate a cartéis em licitação. Brasília, 2019. P. 27. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes-institucionais/guias-do-cade>. Acesso em: 11 jul. 2023.

Os vestígios do crime de cartel, inclusive, podem ser encontrados com mais frequência em interceptações telefônicas, telemáticas, ambientais e na busca e apreensão de documentos nas sedes das empresas. Importante destacar que essas medidas judiciais devem ser interpostas diante de razoável convicção, diante já de indícios da existência da conduta. No caso das interceptações, trata-se das últimas medidas disponíveis – o Poder Público já deve ter esgotado diversos meios da produção probatória.

Por ser, ainda, o cartel um crime corporativo¹⁶¹, o Poder Público tem grande dificuldade em reconhecer (individualizar) as pessoas físicas que perpetuam os acordos, bem como os locais em que o crime e seus efeitos (atos) ocorrem, uma vez que, o delito se consuma nestes¹⁶². Na falta de instrumentalização que o comprove diretamente, é usual que as autoridades tentem

¹⁶¹ A conselheira Paula Farani do Cade, assim descreveu as atividades que eram realizadas por grupo de *players* que atuavam em conluio: “o presente Processo Administrativo é um ótimo exemplo dos requisitos da noção de cartel clássico. Vejamos: **Institucionalização:** Observa-se que o cartel contava com uma estrutura organizada que lhe conferia um elevado grau de estruturação e institucionalidade. **Perenidade:** Conforme se observa, reuniões do cartel aconteceram com frequência notável ao longo do período de duração da conduta, demonstrando sua perenidade e caráter não eventual. Ademais, extrai-se da documentação apresentada que o cartel tenha durado, pelo menos, de 1988 até 2004. **Estrutura organizacional:** Observa-se a relevância do papel desempenhado pelas Secretárias do cartel, as quais, dentre outras funções, organizavam os encontros e viabilizavam a comunicação e a troca de informações entre os membros, conferindo ainda mais efetividade às operações do cartel. **Mecanismos de punição e bonificações para os membros:** Verifica-se que, para garantir a implementação do acordo e assegurar que os membros atuassem conforme estipulado, o cartel contava com a previsão de punição àqueles que desviassem do inicialmente combinado afetando os interesses dos seus integrantes. **Esforços pela ocultação e percepção da ilicitude:** O uso de codinomes e dos meios tecnológicos indica os esforços das empresas em ocultar as suas respectivas atividades do público e das autoridades legais, e atestam que elas estavam cientes da ilegalidade de suas condutas e de que seriam responsabilizadas por seus atos se o cartel fosse descoberto. **Distribuição de projetos buscando manter as participações de mercado:** Observa-se, assim, um esforço do cartel em manter uma distribuição dos projetos de venda dos aparelhos GIS de forma proporcional entre os membros visando assegurar a manutenção de suas participações de mercado. **Esforço para dificultar a atuação ou excluir *players* não alinhados:** Verifica-se um esforço dos membros do cartel em dificultar e até mesmo excluir do mercado aqueles que não estivessem alinhados com eles”. CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.001859/2010-31. Relator: Conselheira Paula Azevedo, 4 de julho de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 10 de julho de 2018. [2018b].

¹⁶² Sobre a busca e apreensão de natureza cível, diligenciada pelo Cade em apoio ao Poder Judiciário, o Conselheiro Carlos Ragazzo dispôs em seu voto: “A determinação de participação da autoridade solicitante – no caso, a SDE – durante a operação de busca e apreensão foi essencial justamente para: (i) permitir a eficiência da necessária triagem de documentos e papéis; (ii) garantir que fosse obtido o maior número possível de provas a respeito da conduta investigada; e (iii) evitar que fossem apreendidos documentos e papéis que não se relacionam com o objeto da investigação. [...] O mandado de busca e apreensão deve conter alguns elementos básicos, necessários para seu correto cumprimento e coerência com os ditames legais. Em síntese, são requisitos de legalidade do mandado: i) a indicação do local da busca; ii) os motivos e finalidade da diligência; e iii) a sua expedição por autoridade competente. Não há como exigir que o juízo, de antemão, possa prever exatamente a localidade de cada documento relacionado à investigação, sendo necessária apenas a estipulação de um endereço determinado. O mandado deve determinar o recolhimento dos documentos em localidade específica que tenham relação com a infração, sem fazer restrições quanto à propriedade dos documentos. Assim, pessoas físicas e jurídicas ligadas aos supostos autores da infração investigada, presentes no endereço indicado, estarão sempre sujeitas aos efeitos do cumprimento do mandado”. CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.004702/2004-77. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, 9 de maio de 2012. Diário Oficial da União. Brasília, 11 de maio de 2012.

arrecadar vestígios do comportamento arranjado, ditos colusivos, tais como aumento de preço, recusa de venda para cliente fidelizado etc.

Considerando, assim, que as provas de cartel se encontram entranhadas na própria atividade da empresa, é possível que a investigação de cartel possa ser utilizada como instrumento de perenização desse mesmo cartel quando os acusados – que são concorrentes entre si – pleiteiam acesso ao material eletrônico apreendido nas diligências de busca e apreensão. O argumento de que é necessário o acesso à íntegra do material para providenciar a defesa pode também ser o mesmo para conhecer melhor o concorrente, isto é, a Justiça pode ser utilizada como ferramenta de monitoramento do cartel que está em andamento.

É inegável que o direito à ampla defesa e ao contraditório é direito fundamental. Porém, nenhum direito fundamental é absoluto, e isso também é válido quando se trata de acesso a informações para viabilizar o exercício do direito de defesa, tal como explicitado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. SÚMULA VINCULANTE Nº 14. DADOS SIGILOSOS DE TERCEIROS. RESTRIÇÃO LEGÍTIMA DE ACESSO. IMPOSSIBILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO COMO ELEMENTO DE PROVA CONTRA O ACUSADO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

1. Não viola o enunciado da Súmula Vinculante nº 14 decisão que garante ao reclamante acesso aos elementos de prova já documentados nos autos, excluindo excertos que não atinjam sua esfera jurídica e contenham dados sigilosos de terceiros.
2. O direito à intimidade e ao sigilo de dados de terceiros gozam de proteção constitucional qualificada por cláusula de reserva de jurisdição, relativizada somente nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII, CF/88).
3. A decisão combatida, a um só tempo, protege direitos fundamentais de terceiros e viabiliza o pleno exercício do direito de defesa pelos investigados e acusados, atendendo aos vetores da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.
4. Aquilo que não disser respeito ao investigado ou acusado e, por conseguinte, tiver sido excluído de seu âmbito de conhecimento, não poderá ser objeto de cognição judicial para fins de formação de eventual juízo condenatório contra si, o que afasta a alegação de prejuízo à sua esfera jurídica material ou processual.
5. Agravo regimental conhecido e não provido^{163 164}.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Rel Agr-Agr nº 25.872. Relator: Ministra Rosa Weber, 17 de dezembro de 2019. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 05 de março de 2020. [2020a]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752160014>. Acesso em: 20 jun. 2023.

¹⁶⁴ Trata-se da discussão de um dos temas mais importantes na atualidade sobre material apreendido: o direito de defesa em detrimento do direito à intimidade. Corréus solicitam acesso à integralidade de todo o material apreendido ou interceptações telefônicas de seus pares, sob o argumento de que precisam ter acesso a todo o material para um eficiente direito de defesa, independentemente de o Poder Público ter separado a parte que será analisada. Em se tratando do crime de formação de cartel, conquanto possam existir dados sigilosos de segredo de negócio apreendidos, esse acesso parece ser deveras desproporcional, podendo ocorrer, mesmo, uma quebra na necessária assimetria de informações entre concorrentes.

Por isso, sopesamento e proporcionalidade são palavras-chave quando o assunto é acesso a provas coletadas em diligências que investigam cartéis. O risco de o Estado ser instrumentalizado para assegurar esse tipo de crime é elevado, e essa pode ser uma estratégia adicional que pode ser adotada por cartéis de longa duração como forma de *enforcement* do acordo anticompetitivo, decorrente de malversação de seu direito de defesa judicial.

Some-se a esse contexto a possibilidade de responsabilização administrativa do agente público por facilitar o acesso de concorrentes a informações sensíveis uns dos outros no ato de compartilhar as provas coletadas. O fornecimento de dados e segredos de negócio que possibilitem a vantagem competitiva de concorrente configuram infração expressamente prevista no art. 36, § 3º, inciso II, da Lei 12.529/2011¹⁶⁵, sem qualquer tipo de ressalva ou excludente de culpabilidade.

De todo o descrito, ainda que o cartel deixe vestígios, considerando sua natureza de crime formal (mera conduta), entende-se por desnecessário o exame de corpo de delito¹⁶⁶.

4.3 Integridade das provas de cartel (etapas da cadeia de custódia)

Como apontado anteriormente, a cadeia de custódia é essencial ao processo, na consecução da sua finalidade de servir de baliza aos direitos inerentes à dignidade humana. No caso do crime de formação de cartel, consoante suas tipificações como crime contra a ordem econômica ou como crime contra a administração pública, trata-se de crime de natureza formal, de perigo abstrato, o que, como visto, dispensa o exame de corpo de delito. No nosso entendimento, inclusive, a norma de aplicação cogente, que estabelece os procedimentos (rito) previstos no art. 158-B do CPP, acaba, por se facultativos à produção probatória necessária à sua persecução.

A cadeia de custódia, como instituto essencial, entretanto, se faz de aplicação obrigatória, nos termos de diversos julgados, inclusive anteriores à própria reforma legislativa decorrente da Lei nº 13.964/2019. Assim, de forma subsidiária, aplicar-se-ão os próprios termos

¹⁶⁵ BRASIL. Lei nº 12.529, de 29 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Diário Oficial da União, 01 de novembro de 2011. Brasília, 2011a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 5 jul. 2023.

¹⁶⁶ Tratou-se da questão dessa obrigatoriedade na seção 2.3 – A cadeia de custódia no Código de Processo Penal (pós reforma) –, em que pese o STF e STJ entenderem como dispensável o exame de corpo de delito nos casos de crimes de natureza formal ou de mera conduta, pois, considerando a desnecessidade de averiguar os efeitos do delito, não haveria o que se falar em buscar a comprovação de sua materialidade.

do art. 158-B (como melhores práticas), comentando a sua aplicação e/ou adaptando a uma melhor solução, quando se entender necessário. Os comentários seguirão, assim, a ordem elencada no dispositivo processual, a saber: reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, recebimento, processamento, armazenamento e descarte.

Para a compreensão inicial das fases que a seguir serão abordadas, faz-se referência à Portaria nº 82/2014, editada pela Senasp, que subdividia os procedimentos em fase interna, compreendendo todos os passos entre a preservação do local de crime ou apreensões dos elementos de prova e a chegada do vestígio ao órgão pericial encarregado de processá-lo (fase de campo – do local do corpo de delito), e fase externa, com todas as etapas entre a entrada do vestígio no órgão pericial até sua devolução juntamente com o laudo pericial, ao órgão requisitante da perícia (fase cartorária, do laboratório).

Nos tópicos a seguir, tratar-se-á separadamente de cada elemento descrito na legislação processual penal e eventuais distinções nas infrações penais de cartel. O agrupamento temático de fases distintas foi feito para auxiliar na compreensão mais profunda da prática, embora a legislação tenha tratado cada uma separadamente. Por isso, o conceito individual das etapas foi apresentado juntamente com o cenário fático e exemplos reais, a fim de compreender como determinada etapa pode ser detectável em uma longa cadeia submetida ao crivo judicial.

Reitere-se que o sucesso da higidez da cadeia de custódia de cartel começa no planejamento das diligências de obtenção de provas e com o exame minucioso dos agentes públicos envolvidos, de forma a evitar eventuais ingerências externas ou capturas do ente público pelo ente privado, uma vez que esse crime é configurado durante a complexa teia de acontecimentos e relações inerentes à atividade empresarial (crime corporativo).

4.3.1 Reconhecimento e isolamento

O reconhecimento é conceituado pelo inciso I do art. 158-B do CPP como “ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial”. O isolamento, por sua vez, 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”, nos termos do inciso II do mesmo regramento processual¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas: I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial; II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime.

Trata-se de manter um ambiente controlado, sem interferências ou alterações de terceiros, até que todas as evidências de interesse sejam recolhidas. O reconhecimento e o isolamento evitam a perda, a adulteração ou a contaminação do material que será submetido a juízo e que pode embasar uma condenação.

Aqui se faz necessário um esclarecimento sobre o meio de prova que costumeiramente é utilizado para a persecução do crime de cartel, aquela necessária à comprovação da comunicação das pessoas físicas que integram as corporações que estão em conluio¹⁶⁸. Usualmente, essas provas são obtidas por meio do cumprimento de medidas cautelares para a produção probatória, seja de interceptação telefônica, telemática, escuta ambiental e/ou diligências de busca e apreensão.

Só haverá, assim, o exame de corpo de delito (não obrigatório, por se tratar de crime de natureza formal), caso ocorra um flagrante delito da consecução do acordo, ou seja, no ato da celebração deste – por exemplo, quando da ocorrência da reunião. Nesse caso, ter-se-ia propriamente o local de crime.

Existem cartéis institucionalizados (*hard core*) ou difusos (*soft core*), cuja diferença se dá na organização contínua, ou não, da prática delituosa. Não será objeto do presente estudo a discussão sobre o concurso material de delitos diante da existência ou não de diversos acordos, de atos criminosos, bem como do monitoramento do cumprimento dos próprios acordos.

Certo é que, nos cartéis, de um modo geral, diversas atividades ocorrem após a consumação do acordo. Diversos “vestígios” são, assim, deixados durante todo o esquema delituoso, nos mais diversos locais, inclusive em plataformas digitais. Entende-se, assim, que o conceito (atividade) de reconhecimento e isolamento poderá¹⁶⁹ ser utilizado no cumprimento de medidas cautelares de busca e apreensão – inclusive de vestígios digitais. De outra sorte, as

¹⁶⁸ Em sofisticados esquemas delituosos, será possível a participação de pessoas que não atuam na atividade comercial. São associações, sindicatos, empresas de contabilidade, de assessoria jurídica etc. Esses agentes integrarão o polo passivo dos processos criminais em concurso de pessoas. Normalmente são agentes facilitadores para a consecução do crime de cartel. Na esfera administrativa, no inciso II do § 3º do art. 36 da Lei nº 12.529/11, encontra-se descrita tipificação específica de infração, qual seja “promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes”.

¹⁶⁹ Já no primeiro procedimento, do isolamento do local de crime, pode-se verificar que as fases descritas não se aplicarão a todos os crimes, sendo própria, como já exaustivamente afirmado, para os vestígios que serão obrigatoriamente submetidos à análise de perícia oficial. Poderíamos mesmo subdividir o instituto como cadeia de custódia própria, aquela cujo regramento se dá obrigatoriamente pelo disposto no art. 158-B do CPP, como é o caso do exame de corpo de delito, e cadeia de custódia imprópria, aquela que apesar de obrigatória, os vestígios não só, não estarão submetidos ao regramento citado, como também não serão objeto de perícia oficial obrigatória.

medidas cautelares de interceptação seguirão fluxo próprio que preservem os vestígios coletados em sua integralidade¹⁷⁰.

Nas diligências de apreensão de material referente a cartel, é importante que se isole o local em que elas serão realizadas, para que nenhuma evidência de interesse seja retirada do local e que pessoas e elementos estranhos à investigação não interfiram na correta condução delas.

Como esse tipo de caso envolve empresas geralmente destinadas a um fim produtivo, é importante que o isolamento dure o mínimo possível, pois pausas na produção de bens e serviços podem gerar prejuízos devido à perda da oportunidade de ter produzido durante o tempo da diligência. Ademais, na condução da diligência, o responsável poderá avaliar se é necessário parar a produção de toda a planta industrial naquele momento ou se é possível restringir o isolamento apenas aos locais em que haverá arrecadação de vestígios de interesse.

4.3.2 Fixação, coleta e armazenamento

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” é denominada fixação pelo inciso. Já a coleta é “ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial¹⁷¹, respeitando suas características e natureza”, e muitas vezes é analisada juntamente com o acondicionamento, que consiste no “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”. Esses procedimentos encontram-se previstos nos incisos III, IV e V do art. 158-B do CPP¹⁷².

¹⁷⁰ Como procedimento para o cumprimento da cadeia de custódia das interceptações telefônicas, por exemplo, há que observar o que dispõe os art. 8º e 10º da Lei 12.850/13, bem como a Resolução 59 do CNJ, em especial o regramento previsto em seu art. 10º. Mas, mais importante: As interceptações devem ser preservadas em sua integralidade, mantendo-se a fonte da prova. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC nº 160662. Relator: Ministra Assusete Magalhães, 18 de fevereiro de 2014. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 17 de março de 2014. [2014a]. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=33803036&tipo=5&nreg=201000153608&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140317&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 13 jul. 2023.

¹⁷¹ Em se tratando do crime de cartel, inexistente a obrigatoriedade da confecção de análise pericial, inclusive, na elaboração de laudo pericial. Nos termos do que prevê o § 3º do art. 158-D, em procedimento análogo, a abertura de malotes deverá ser feita por pessoa autorizada que se atentará ao cumprimento da cadeia de custódia sempre que o material for manuseado. Procedimentos diversos de documentação podem, aqui, ser criados.

¹⁷² Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas: III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua

Deve, portanto, haver uma liturgia para comprovar que a prova é autêntica e não se deteriorou ou se inflou ao longo de sua jornada processual. Um exemplo da ocorrência da violação da coleta e acondicionamento é apresentado em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

O fato de a substância haver chegado para perícia em um saco de supermercado, fechado por nó e desprovido de lacre, fragiliza, na verdade, a própria pretensão acusatória, porquanto não permite identificar, com precisão, se a substância apreendida no local dos fatos foi a mesma apresentada para fins de realização de exame pericial e, por conseguinte, a mesma usada pelo Juiz sentenciante para lastrear o seu decreto condenatório. Não se garantiu a inviolabilidade e a idoneidade dos vestígios coletados (art. 158-D, § 1º, do CPP). A integralidade do lacre não é uma medida meramente protocolar; é, antes, a segurança de que o material não foi manipulado, adulterado ou substituído, tanto que somente o perito poderá realizar seu rompimento para análise, ou outra pessoa autorizada, quando houver motivos (art. 158-D, § 3º, do CPP).

Não se agiu de forma criteriosa com o recolhimento dos elementos probatórios e com sua preservação; a cadeia de custódia do vestígio não foi implementada, o elo de acondicionamento foi rompido e a garantia de integridade e de autenticidade da prova foi, de certa forma, prejudicada. Mais do que isso, sopesados todos os elementos produzidos ao longo da instrução criminal, verifica-se a debilidade ou a fragilidade do material probatório residual, porque, além de o réu haver afirmado em juízo que nem sequer tinha conhecimento da substância entorpecente encontrada, ambos os policiais militares, ouvidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não foram uníssomos e claros o bastante em afirmar se a droga apreendida realmente estava em poder do paciente ou se a ele pertencia.¹⁷³

Essa liturgia também foi destacada na Portaria nº 82, da Secretaria Nacional de Segurança Pública, ao estatuir que a coleta deve ser realizada por perito ou pessoa investida de função pública, com equipamento e materiais específicos e individualização inequívoca dos vestígios. Observe-se que o manuseio do vestígio é um assunto recorrente nas abordagens sobre cadeia de custódia e parece nunca deixar de ser um tema de atenção.

No âmbito dos crimes de cartel, o acondicionamento envolve a aposição de fechos e a indicação de invólucro adequado a cada evidência coletada, tais como malotes, envelopes, lacres e dispositivos eletrônicos de extração documental. O mapeamento do material necessário deve ser realizado no planejamento operacional da diligência, com indicação dos recursos humanos e materiais e da logística para as etapas subseqüentes da cadeia de custódia.

descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento; IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza; V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento;

¹⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Habeas Corpus nº 653515. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, 23 de novembro de 2021. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 01 de fevereiro de 2022. [2022d]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2073941&nu_m_registro=202100831087&data=20220201&formato=PDF. Acesso em: 10 jul. 2023.

Por se tratar de um crime corporativo, sendo necessária a individualização da conduta, é imprescindível que o material arrecadado, normalmente vestígios documentais, sejam acondicionados com a identificação da pessoa física a quem pertencem (não sendo possível, identificar a área da empresa). Trata-se de uma medida necessária para garantir que se identifique também a estrutura organizacional da empresa. Quanto aos objetos que contenham vestígios digitais (HDs, mídias, CPUs, telefones celulares etc.), terão procedimento compatível com o que for observado pelo responsável pela arrecadação.

Outro título tratará especificamente das provas digitais, mas vale aqui a diretriz da incondicional preservação da fonte, respeitada, claro, a condição técnica do órgão que fará a gestão do vestígio. Diversas perguntas podem e devem ser feitas no local de busca, de modo a melhor atender a função da diligência (coleta de vestígios que venham a subsidiar o entendimento do magistrado sobre o crime): Devem-se arrecadar fitas de *backup* para as quais o órgão sabidamente não possui *hardware* nem *software* compatíveis com a extração dos arquivos eletrônicos? Na dúvida sobre a existência de criptografia de disco, deve-se apreender apenas o HD ou máquina na sua integralidade? Na indisponibilidade de envelopes com tecnologia de gaiola de Faraday¹⁷⁴, como apreender os aparelhos móveis (celulares)? Na impossibilidade de se efetivar a coleta apenas dos arquivos eletrônicos, os HDs devem ser levados? E quando os arquivos eletrônicos estiverem em servidor, inclusive externo (nuvem), como fazer?

As perguntas sobre as atividades de arrecadação são diversas, e a maioria dos órgãos técnicos possuem manuais de procedimentos próprios que visam a garantir a cadeia de custódia na fase do armazenamento. Importante, como afirmado acima, é que o planejamento operacional para o cumprimento da diligência tenha sido suficientemente diligente para a resolução dos problemas que podem ocorrer.

Muito se fala sobre a cópia do material eletrônico nos locais de busca, que deve ter a devida certificação de autenticidade da cópia mediante o *Hash*¹⁷⁵. Existe procedimento físico, por exemplo, que pode facilitar os trabalhos quando algum motivo superveniente esteja impedindo esse procedimento específico, como por exemplo, a previsão de sua duração. É

¹⁷⁴ No campo da atividade forense digital, uma sacola de Faraday é um dispositivo inteligente projetado para isolar dispositivos eletrônicos e equipamentos de comunicação de qualquer sinal eletromagnético externo, impedindo, por exemplo que sinais de rádio, Wi-Fi, *Bluetooth* e outras formas de comunicação sem fio alcancem os dispositivos protegidos que se encontram custodiados e não podem sofrer qualquer tipo de adulteração, principalmente na fase externa da cadeia de custódia. Essa prática é especialmente relevante para assegurar que dados digitais sejam coletados e analisados de maneira precisa em investigações criminais.

¹⁷⁵ No campo da atividade forense digital, *Hash* é um algoritmo matemático (protocolo criptográfico) usado para autenticar arquivos digitais. Gera-se, assim, uma assinatura digital de modo a ser possível verificar sua autenticidade quando este for transportado (copiado) para qualquer outra plataforma (mídia).

possível, a depender da quantidade de arquivos e o grau de autenticidade a que se deseja submeter, que o procedimento dure horas, por vezes, mais de 10, mais de 20. Como proceder nesse caso? Se a cópia (devidamente atestada por testemunha) do material ou seu original encontram-se em mídia específica, é possível lacrá-la em envelope de “vestígios”, com lacre específico, e ainda, em malote específico, que será, então, aberto por quem deve manuseá-lo em momento específico. Certo é que quem recebê-lo poderá atestar que o recebeu da mesma forma que saiu do local da busca, conforme prescrito no auto de coleta/armazenamento/arrecadação.

Esse assunto será ainda abordado na seção referente à (não) quebra da cadeia de custódia.

4.3.3 Transporte e recebimento

Conforme os procedimentos previstos nos incisos VI e VII do art. 158-B do CPP¹⁷⁶, o transporte diz respeito ao “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”, enquanto o recebimento, por sua vez, é o “ato formal de transferência da posse do vestígio”.

O foco é o registro e a transferência da posse a responsável diferente da origem, razão pela qual a documentação é imprescindível para assegurar a continuidade da cadeia de custódia. A necessidade do registro, inclusive, não passou despercebida pelo legislador, nos termos do inciso VII do art. 158-B:

“...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”

Movimentar os vestígios de forma segura e idônea é a preocupação central desse procedimento e só faz sentido quando todas as anteriores estiverem íntegras e invioladas.

As evidências de cartel coletadas são transportadas por diversos agentes públicos em distintos fóruns, o que requer, de todos os envolvidos, a documentação de origem e destino.

¹⁷⁶ Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas: VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse; VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu;

Isso significa registrar quando a movimentação acontece e quem são os custodiantes, a via de transporte, a forma de transporte e os demais elementos correlatos.

4.3.4 Processamento

O processamento é a fase mais complexa e, ao mesmo tempo, mais visível da cadeia de custódia. Parte do conceito de perícia como “conjunto de exames técnicos realizados no universo da Criminalística” (ESPINDULA, 2009, p. 73). É onde as perícias são realizadas; é onde a materialidade é contraditada do ponto de vista técnico; é onde as estratégias processuais de inocência e culpabilidade se materializam em opiniões técnicas. Essa é a etapa mais próxima do acusado, já que diz respeito à análise técnica propriamente dita e pode fornecer elementos que embasem uma condenação.

O “exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito” é o processamento, nos termos do inciso VIII do art. 158-B do CPP¹⁷⁷.

O exame pericial é geralmente consolidado em um laudo pericial, em que constam o histórico com descrição da integridade das etapas anteriores da cadeia de custódia, material submetido à análise, objetivos gerais e específicos da perícia, lista de quesitos que serão respondidos, métodos científicos adotados, respostas aos quesitos e conclusões. Quando o exame pericial precisa de uma opinião conclusiva, ele é submetido a parecer técnico, o qual conta com os demais elementos do laudo pericial, exceto a resposta a quesitos.

Os investigadores de crimes de cartel podem produzir prova técnica advinda da perícia criminal e nela “só existe a figura do perito oficial (dois para cada exame), onde o trabalho deve servir para todas as partes interessadas (Polícia, Justiça, Ministério Público, advogados, etc.)” (ESPINDULA, 2009, p. 74).

A fase pericial em ilícitos de cartel pode envolver testes econométricos, testes de mercado (*market tests*), comparações de preços e quantidades em diferentes locais e momentos, verificação de autenticidade de interceptações telefônicas, degravação de áudios de reuniões e interceptações telefônicas e perícias contábeis.

¹⁷⁷ Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas: VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito;

4.3.5 Perícia digital

A perícia digital, por sua vez, é um assunto em constante atualização porque as tecnologias em que são cometidos ilícitos estão em intensa transformação. Apesar de não ser o ponto central do presente estudo, tampouco do subtópico referente ao processamento, não é possível deixar de tecer algumas considerações breves sobre esse assunto.

A gestão documental no âmbito digital é cada vez mais desafiadora, seja porque os suportes de mídia são cada vez mais inovadores, disruptivos, atualizáveis e singulares, seja porque alguns suportes digitais ainda nem sequer estão mapeados para extração de dados em sede de perícia, tais como metaverso, nuvens hospedadas em países não signatários de tratados de compartilhamento de informações e inteligência artificial. Nesse mesmo sentido, destaca-se a lição de Santos e Flores (2020)¹⁷⁸:

A informatização *per si* não é capaz de resolver problemas de natureza arquivística, apenas expõe a necessidade de definir políticas de gestão e preservação *a priori*. Os sistemas informatizados são necessários, todavia, precisam seguir padrões e manter a consonância com os pressupostos teóricos da Arquivística. Conceitos elementares como a autenticidade passam a ser ameaçados pelas fragilidades do ambiente digital, fato que torna necessário reformular a cadeia de custódia, até então pensada para documentos arquivísticos analógicos.

Aspecto relevante à perícia digital é quando houver a necessidade de reposição ou substituição da mídia de suporte dos documentos apreendidos. O entendimento da jurisprudência é de que “a mera substituição da mídia danificada por outra de igual teor, por si só, não invalida a prova produzida, salvo demonstração em contrário ou de efetivo prejuízo”¹⁷⁹, em atenção ao princípio clássico de *pas de nullité sans grief*.

A apreensão de documentação digital foi objeto de avaliação pelo Superior Tribunal de Justiça após a edição do Pacote Anticrime. Nessa oportunidade, a Corte se manifestou no impacto da forma de extração documental, do espelhamento e da obtenção de *hash* na cadeia de custódia de informações digitais:

A autoridade policial responsável pela apreensão de um computador (ou outro dispositivo de armazenamento de informações digitais) deve copiar integralmente (bit

¹⁷⁸ SANTOS, Henrique Machado dos; FLORES, Daniel. Cadeia de custódia digital arquivística. *LexCult: Revista Eletrônica do Centro Cultural Justiça Federal*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 108-139, mai./ago. 2020. Parte 1. Disponível em: <http://lexcultccjf.trf2.jus.br/index.php/LexCult/issue/view/18/Dossi%C3%AA%20-%20Completo%20Parte%201>. Acesso em: 5 jul. 2023.

¹⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. RHC nº 160986. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, 06 de dezembro de 2022. *Diário Judicial Eletrônico*. Brasília, 12 de dezembro de 2022. [2022f]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=172816288®istro_numero=202200499314&publicacao_data=20221212. Acesso em: 13 jul. 2023.

a bit) o conteúdo do dispositivo, gerando uma imagem dos dados: um arquivo que espelha e representa fielmente o conteúdo original.

Aplicando-se uma técnica de algoritmo hash, é possível obter uma assinatura única para cada arquivo, que teria um valor diferente caso um único bit de informação fosse alterado em alguma etapa da investigação, quando a fonte de prova já estivesse sob a custódia da polícia. Comparando as hashes calculadas nos momentos da coleta e da perícia (ou de sua repetição em juízo), é possível detectar se o conteúdo extraído do dispositivo foi modificado.

É ônus do Estado comprovar a integridade e confiabilidade das fontes de prova por ele apresentadas. É incabível, aqui, simplesmente presumir a veracidade das alegações estatais, quando descumpridos os procedimentos referentes à cadeia de custódia. No processo penal, a atividade do Estado é o objeto do controle de legalidade, e não o parâmetro do controle; isto é, cabe ao Judiciário controlar a atuação do Estado-acusação a partir do direito, e não a partir de uma autoproclamada confiança que o Estado-acusação deposita em si mesmo.

No caso dos autos, a polícia não documentou nenhum dos atos por ela praticados na arrecadação, armazenamento e análise dos computadores apreendidos durante o inquérito, nem se preocupou em apresentar garantias de que seu conteúdo permaneceu íntegro enquanto esteve sob a custódia policial. Como consequência, não há como assegurar que os dados informáticos periciados são íntegros e idênticos aos que existiam nos computadores do réu.

Pela quebra da cadeia de custódia, são inadmissíveis as provas extraídas dos computadores do acusado, bem como as provas delas derivadas, em aplicação analógica do art. 157, § 1º, do CPP.¹⁸⁰

Outro assunto de crescente estudo é a perícia em *blockchain*, tecnologia cada vez mais presente em atividades que envolvem movimentações financeiras. Por conseguinte, os crimes ocultos nessas movimentações também utilizam a *blockchain* como veículo de materialidade, especialmente nos crimes de lavagem de dinheiro, furto e estelionato (MILAGRE, 2017).

As criptomoedas também estão na mira de novas técnicas e ferramentas de perícias digitais, exigindo do técnico e dos agentes públicos envolvidos na cadeia de custódia um conhecimento pelo menos mínimo de que essas evidências não podem ser tratadas com as mesmas regras e lógicas que a documentação física comum:

Bitcoin cryptocurrency is a relatively new technology and very little research has been dedicated to what specific forensic artifacts are left on a user's system as a result of Bitcoin, what those artifacts mean and how to recover them in order to build a successful case involving Bitcoin. This research sought to provide a history of Bitcoin cryptocurrency and through the use of a test environment, ascertain what specific Bitcoin artifacts are recoverable from a user's system with Bitcoin wallet and mining applications installed and actively used. The examination of the data collected after the testing phase provided evidence validating the installation of the Multibit and Bitcoin-Qt wallet applications on the test machine, as well as confirms the creation of Bitcoin transactions generated by the wallet applications. In addition, the analysis provided evidentiary artifacts relating to the Bitminter mining software and the interaction of each Bitcoin application with the operating system, registry, and RAM. The analysis of the RAM was a success in that it returned a multitude of results that

¹⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no RHC nº 143169. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 07 de fevereiro de 2023. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 02 de março de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=178069980®istro_numero=202100573956&publicacao_data=20230302&peticao_numero=202200877923. Acesso em: 12 jul. 2023.

*matched the Bitcoin wallet addresses, transactions and Bitcoin applications on the test system*¹⁸¹ (DORAN, 2021).

É importante que o julgador tome a decisão sobre os exames periciais que serão necessários para apreciação técnica da prova. Não solicitar uma perícia essencial para averiguação da materialidade pode levar a uma absolvição injusta. A eventual ausência de uma perícia que deveria ter sido solicitada pode culminar na nulidade do julgamento, tal como já apontou o Supremo Tribunal Federal:

Como se vê, a ausência de exame pericial no material eletrônico objeto das ações cautelares no juízo de origem, que serviu, insista-se, de lastro para a condenação do ora recorrido, é fato incontroverso. Nesse aspecto, o próprio TRE/RJ traçou a dinâmica na produção da prova, segundo constou no voto do relator:

[...] Os documentos foram simplesmente extraídos do computador, por meio de pen drives. Os computadores não foram apreendidos, não deixaram o local onde se encontravam, não houve manipulação de dados, mas simplesmente a extração dos documentos que se encontravam armazenados em arquivos digitais.

Como não foi realizada nenhuma perícia no computador da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Humano e Social de Campos dos Goytacazes/RJ, de onde foram extraídos os dados impugnados, é impossível assegurar, de forma indene de dúvida, a autenticidade dos elementos informativos arquivados no pen drive arrecadado¹⁸².

Do mesmo modo, suscitar uma pluralidade de opiniões técnicas pode causar uma condenação morosa tardia. E justiça tardia, já alertava Rui Barbosa em “Oração aos Moços”, também é injustiça.

Observe-se que o “copia e cola” não é aplicável à apreensão e preservação de documentos digitais, exigindo da autoridade responsável pela diligência o destacamento de técnico especializado em tecnologia da informação para garantir o *hash*, o *blockchain* e, por conseguinte, a integridade dos itens que serão levados ao processo judicial. Uma equipe multidisciplinar e capacitada, portanto, é imprescindível para a regular coleta, acondicionamento e armazenamento dos vestígios encontrados.

¹⁸¹ Tradução livre: “O Bitcoin é uma criptomoeda relativamente nova, e pouca pesquisa foi dedicada a identificar os artefatos forenses específicos deixados no sistema de um usuário como resultado do uso do Bitcoin, o que esses artefatos significam e como recuperá-los para construir um caso de sucesso envolvendo o Bitcoin. Esta pesquisa buscou fornecer um histórico da criptomoeda Bitcoin e, por meio de um ambiente de teste, determinar quais artefatos específicos do Bitcoin podem ser recuperados do sistema de um usuário com aplicativos de carteira e mineração de Bitcoin instalados e usados ativamente. A análise dos dados coletados após a fase de teste forneceu evidências que validam a instalação dos aplicativos de carteira Multibit e Bitcoin-Qt na máquina de teste, bem como confirma a criação de transações de Bitcoin geradas pelos aplicativos de carteira. Além disso, a análise forneceu artefatos probatórios relacionados ao *software* de mineração Bitminter e a interação de cada aplicativo Bitcoin com o sistema operacional, registro e memória RAM. A análise da memória RAM teve sucesso ao retornar uma multiplicidade de resultados que correspondiam a endereços de carteira Bitcoin, transações e aplicativos Bitcoin no sistema de teste”.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. ARE nº 1343875. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 08 de agosto de 2022. Diário Judicial Eletrônico, 13 de setembro de 2022. [2022g]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353452172&ext=.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2023.

4.3.6 Armazenamento

O inciso IX do art. 158-B do CPP¹⁸³ traz o conceito de armazenamento com a seguinte descrição: “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”. Nesse contexto, o invólucro do vestígio é essencial para assegurar a mesmidade da cadeia de custódia.

Local seguro, controle de acesso e condições ambientais adequadas são elementos inerentes a essa fase e que também precisam ser devidamente documentados. Entretanto, a violação de um desses itens não rompe a confiabilidade do conjunto probatório caso haja a possibilidade de reconstituição do todo coletado previamente. Em um de seus casos, o Supremo Tribunal Federal deixou explícito que adota essa tese ao recorrer ao detentor dos vestígios originais para averiguar se a autoridade policial teria alterado o conteúdo de interceptações de comunicação durante o processamento, o que só seria possível se o armazenamento adequado fosse garantido e repetível na origem:

Sem dúvidas, a reconhecida alteração dos cabeçalhos não comprova, automaticamente, modificações no conteúdo das interceptações. Contudo, destaco que os arquivos eram editáveis pelas autoridades investigativas. E essa é a questão problemática aqui analisada.

O exercício do poder punitivo estatal pressupõe a existência de uma condenação proferida após o transcurso de um processo penal com o devido respeito aos direitos e às garantias fundamentais. Trata-se de premissa essencial à aplicação de uma pena: os atos estatais precisam ser confiáveis.

Se há a caracterização de um cenário de dúvida sobre a confiabilidade e a fidedignidade de atos dos atores envolvidos com a persecução penal, deve-se adotar medidas para resguardar a legitimidade de tal atuação. Nesse caso, como relatado pela própria autoridade policial, há a possibilidade de acesso aos arquivos originais, sem maiores dificuldades ou prejuízo ao andamento do processo.¹⁸⁴

Polêmica maior diz respeito a quem vai deter a guarda dos importantes vestígios reunidos durante a investigação. A Secretaria Nacional de Segurança Pública chegou a implementar, via Portaria nº 82, uma “central de custódia”, destinada à guarda e ao controle dos vestígios, com procedimento informatizado de entrada e saída, rastreamento e consignação de eventuais violações:

¹⁸³ Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas: IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente;

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Rcl nº 32722. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 07 de maio de 2019. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 29 de novembro de 2019. [2019d]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751502343>. Acesso em: 20 jun. 2023.

5.1 As unidades de polícia e de perícia deverão ter uma central de custódia que concentre e absorva os serviços de protocolo, possua local para conferência, recepção, devolução de materiais e documentos, possibilitando a seleção, classificação e distribuição de materiais. A central de custódia deve ser um espaço seguro, com entrada controlada, e apresentar condições ambientais que não interfiram nas características do vestígio¹⁸⁵.

Por um lado, tal instituto parece uniformizar o armazenamento e restringir as possibilidades externas de acesso e parece ser uma boa alternativa para órgãos com numerosos agentes públicos sob sua hierarquia, tal como o é a referida secretaria. Por outro lado, sob o ponto de vista da eficiência, órgãos e entidades de menor porte não teriam massa crítica ou recursos financeiros suficientes para contar com essa estrutura, restando-lhes orientar seus agentes públicos com as melhores práticas de integridade de cadeia de custódia.

Quando as investigações de cartel são capitaneadas por órgãos da Polícia Federal ou da Polícia Rodoviária Federal, subordinadas à Secretaria Nacional de Segurança Pública, as respectivas evidências poderiam contar com os auspícios da central de custódia, já que tal central preserva provas sem fazer distinção de crimes. No entanto, quando outros órgãos ou entidades comandam as diligências de busca e apreensão, a uniformidade da cadeia de custódia entre as diversas classes de servidores precisa ser um assunto de constante preocupação dos investigadores.

4.3.7 Descarte

A última etapa da cadeia de custódia é o descarte, que consiste em “procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial”, atendendo ao preconizado pelo inciso X do art. 158-B do CPP¹⁸⁶. É a fase da investigação criminal em que os vestígios são eliminados de maneira adequada e é realizada quando as autoridades não mais precisam dos vestígios para comprovar a idoneidade da cadeia de custódia nem para formação da convicção do julgador.

O descarte é a destruição física da evidência, que pode ser por incineração ou trituração. Deve ser documentado com indicação da forma e da data em que houve o descarte, bem como

¹⁸⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. 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>. Acesso em: 21 jun. 2023. 18

¹⁸⁶ Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas: X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial.

de quem realizou o procedimento. Esses registros contribuem com a transparência e com a conformidade com as normas.

Há pouca literatura e jurisprudência sobre o descarte de evidências, especialmente em casos de cartel, por uma questão aparentemente fática. O descarte ocorre principalmente quando a condenação foi proferida e já existe uma certeza quanto à autoria e à materialidade, bem como quanto à idoneidade da cadeia de custódia.

A atenção precisa ser reforçada quando os crimes de cartel são conjugados com outros crimes e a investigação acaba sendo realizada de forma separada por regras de competência processual. Esse será, em breve, um aspecto a ser tratado com constância e parcimônia, devido ao crescente movimento de criação de varas especializadas em defesa da concorrência¹⁸⁷, pois a investigação acabaria sendo particionada para diferentes jurisdições, em que pese as evidências de crimes diferentes terem a mesma origem. Como os juízos são independentes, é possível que um dos crimes tenha condenação proferida antes dos outros correlacionados, o que exigiria intervenção ou coordenação com a finalidade de prorrogar o descarte da prova até o julgamento de todos os ilícitos envolvidos na mesma diligência de busca e apreensão.

Faz-se importante destacar, como já abordado na seção 4.2, sobre a complexidade do tipo penal do crime de cartel, que diversos questionamentos estão ocorrendo sobre o compartilhamento integral do material apreendido no caso da existência de corréus. Esse tema guarda relevância quando da possibilidade de devolução de materiais que não guardem relação com o caso investigado¹⁸⁸, ou sobre o descarte do teor de interceptações telefônicas, também, que não guardam relação com o caso. A jurisprudência tem se manifestado sobre a quebra da cadeia de custódia quando não se disponibiliza a integralidade dos áudios¹⁸⁹. O problema reside no confronto entre o direito de defesa, cujo suporte está, dentre outros, na cadeia de custódia, e

¹⁸⁷ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Resolução nº CJF-RES-2017/00445, de 07 de junho de 2017. Dispõe sobre a especialização, com competência concorrente, de varas federais em Direito da Concorrência e do Comércio Internacional, 12 jun. 2017. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/publico/biblioteca/Res%20445-2017.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2023.

¹⁸⁸ Entende-se a devolução do material não utilizado como uma forma de descarte, apesar de não ser descrito no procedimento.

¹⁸⁹ “RECURSO ESPECIAL. ART. 305 DO CPM. NULIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA. FALTA DE ACESSO À INTEGRALIDADE DAS CONVERSAS. EVIDENCIADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM A EXISTÊNCIA DE ÁUDIOS DESCONTINUADOS, SEM ORDENAÇÃO, SEQUENCIAL LÓGICA E COM OMISSÃO DE TRECHOS DA DEGRAVAÇÃO. FILTRAGEM ESTABELECIDADA SEM A PRESENÇA DO DEFENSOR. NULIDADE RECONHECIDA. PRESCRIÇÃO CONFIGURADA. RECURSOS PROVIDOS. DECRETADA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. REsp nº 1.795.341-RS. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, 7 de maio de 2019. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 14 de maio de 2019. [2019c]. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=92223495&tipo=5&nreg=201802511115&SeqCrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20190514&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 13 jul. 2023.

o direito à intimidade, quando as interceptações tiverem ocorrido sobre as comunicações do outro réu.

Em se tratando do crime de cartel, este será um problema corrente, tendo em vista que se trata de um crime com pluralidade de partes obrigatório. Acredita-se que os tribunais superiores serão mais questionados a decidir sobre esse conflito. Uma solução possível é a mediação entre os proprietários originários dos “dados” ao acesso integral, a ser feito pelo magistrado. Não parece razoável, entretanto, a divulgação integral sem que se analise o direito à intimidade dos envolvidos. Quanto ao custo desse armazenamento integral, o parágrafo único do art. 158-F do CPP traçou as diretrizes sobre o assunto, ainda que questões logísticas e orçamentárias sejam resolvidas pelas autoridades envolvidas.

Por fim, entende-se a possibilidade da preservação das evidências não somente até o trânsito em julgado da decisão condenatória ou absolutória, mas deve-se considerar o transcurso de tempo necessário a uma possível Revisão Criminal.

5 DISPOSIÇÕES FINAIS ACERCA DAS ETAPAS DA CADEIA DE CUSTÓDIA EM CRIMES DE CARTEL

O tópico anterior abordou as diversas etapas da cadeia de custódia que merecem atenção em relação a documentação, movimentação e manuseio de evidências, considerando a necessidade de garantir a idoneidade do conjunto probatório e o legado do Pacote Anticrime. Ao longo da exposição, apontaram-se peculiaridades em cada etapa quando se trata de investigação de cartel à luz de exemplos práticos e precedentes jurisprudenciais que norteiam a matéria.

Essas reflexões são importantes para traçar as premissas de compreensão das possibilidades de ocorrência da quebra da cadeia de custódia em casos de cartel.

5.1 Quebra da cadeia de custódia em crimes de cartel

Neste ponto, tratar-se-á dos principais riscos vislumbrados na preservação da cadeia de custódia de investigações de cartel em razão da configuração da materialidade desse tipo de crime. Assim, o que se pretende, na realidade, é estabelecer pontos de controle que antevejam a possibilidade do que já se definiu como *mesmidad*.

A quebra da cadeia de custódia pode ocorrer em quaisquer das fases procedimentais acima arroladas, e pode, mesmo, ser antevista ainda na fase de planejamento da medida cautelar a ser cumprida.

Como já afirmado acima, em sua grande maioria, nos casos de crime de cartel, a produção de prova se dará no cumprimento das medidas cautelares. Aqui, o primeiro ser o de estabelecimento de critérios mínimos para cada meio de prova. A fase de planejamento é cíclica e só acaba com o deslocamento das equipes para o cumprimento das diligências de busca e apreensão, ou quando do início da execução das interceptações deferidas judicialmente. Baseia-se muito na experiência dos servidores públicos, bem como na extensa documentação das melhores práticas sobre o assunto.

No que tange às cautelares de interceptação, a maioria dos aplicativos já estão preparados para o cumprimento da cadeia de custódia. Há que se ter especial atenção à documentação cadastral dos interlocutores (quando telefônica) e aos dados de cabeçalho dos *e-mails* e/ou cadastrais dos remetentes e/ou destinatários (quando telemática) e, principalmente, à preservação da integralidade dos áudios e dos arquivos eletrônicos recebidos, dentre outras informações relacionadas à identificação dos “interlocutores”. A quebra do sigilo por interceptação ambiental também deverá cumprir os mesmos requisitos, desde que disponíveis.

Elegem-se, aqui, os mandados de busca e apreensão como principal meio de prova; por isso, observar-se-ão os procedimentos neles inseridos como dignos de nota. Embora haja uma infinidade de possibilidades da quebra dessa cadeia de custódia, vislumbram-se algumas mais evidentes no contexto brasileiro.

O planejamento é, assim, o primeiro ponto de controle (extenso, de difícil delimitação). É atividade de inteligência, visa à obtenção da maior quantidade de informações possíveis sobre o “alvo”, para que, no cumprimento da medida, os servidores públicos estejam bem preparados em termos de logística, segurança. Parece desnecessário, mas ter informação sobre homônimos do alvo é imprescindível para a obtenção do endereço correto, evitando que se cumpra a diligência “em” pessoa errada. Muitas informações podem ser obtidas, sendo importantes aquelas referentes aos dispositivos eletrônicos e sistemas utilizados pela pessoa física e jurídica, se os dados ficam hospedados em rede própria ou em nuvem, se no Brasil ou no exterior, por exemplo¹⁹⁰. É importante destacar que não se vislumbra, nos casos de crimes de cartel, a

¹⁹⁰ Essas informações nem sempre são fidedignas. As informações de rede da empresa podem demonstrar uma possível hospedagem de dados na matriz localizada em outro país, por exemplo, quando da deflagração da diligência descobriu-se a existência de armazenamento redundante na própria sede “alvo”. Essa informação, entretanto, é crucial para que medidas de contingência possam ser estabelecidas, desde soluções tecnológicas

princípio, atividade eminentemente pericial no local. A arrecadação de vestígios eletrônicos, por exemplo, se faz com tecnologia apropriada à preservação da cadeia de custódia.

A perícia no local pode ser exigida quando, por exemplo, da constatação de um sistema (*software*) específico que seja meio obrigatório para que o crime se consume. Normalmente exigem-se técnicos especializados quando da necessidade, por exemplo, da arrecadação das informações que estão contidas na memória volátil de equipamentos que se perdem quando são desligados. Esse procedimento é muito utilizado quando o digital é o próprio meio do crime – por exemplo, em casos de pedofilia por compartilhamento de informações por meio eletrônico.

A fase de planejamento é preambular e não se encontra elencada formalmente nas etapas da cadeia de custódia previstas no CPP. Todavia, ela é fundamental, como visto, para compreender e gerir antecipadamente os riscos inerentes ao tratamento da prova durante toda a cadeia de custódia de cartel, bem como outros focos de ameaça à idoneidade do conjunto probatório.

É no planejamento que se faz a preparação das atividades da diligência, incluindo a decisão de realizá-la, a consolidação das informações do caso, a identificação dos alvos, a análise técnica e econômica do mercado objeto do cartel, a abertura de instrumento investigatório adequado, a requisição de ordem judicial específica com as providências necessárias à investigação, a designação de recursos humanos e orçamentários, o destacamento logístico imprescindível para concretização da operação e a reunião com os agentes públicos envolvidos na execução da diligência de busca e apreensão para investigação de cartel em um dado mercado relevante¹⁹¹.

Em todas essas atividades, é possível garantir parte das etapas da cadeia de custódia. Quando se mapeiam e controlam pontos de vazamento de informação, já se planejam preliminarmente o isolamento e a fixação. Ao se estabelecer o perfil técnico mínimo dos servidores que farão a diligência, garante-se que a coleta seja feita por pessoal adequado e já se apontam diretrizes para o perfil necessário ao processamento da prova. Ao indicar o material físico e digital necessário ao cumprimento da ordem judicial autorizativa da diligência, pretende-se prover o correto acondicionamento do material a ser coletado nas etapas de transporte, recebimento e armazenamento. Apesar de todas essas etapas serem posteriores sob

para a apreensão do vestígio digital no local, até a necessidade de uma medida de “apreensão” junto à empresa que presta serviços de armazenamento (pedidos de preservação).

¹⁹¹ CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Diligências de busca e apreensão cíveis: informações gerais sobre operacionalização. Brasília, 2017. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-e-manuais-administrativos-e-procedimentais/manual-de-operacoes-de-busca-e-apreensao.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2023.

o ponto de vista cronológico, elas não conseguem ser alcançadas sem uma eficiente preparação das diligências e gestão antecedente dos possíveis riscos a serem enfrentados durante toda a cadeia de custódia.

Outro ponto de controle é a manipulação de evidências, especialmente se forem digitais¹⁹². A garantia da integridade da prova digital é o maior desafio da perícia contemporânea, por envolver atualizações diárias de tecnologia para extração, manutenção e consulta de evidências. A adulteração, intencional ou não, do *hash*, dos celulares apreendidos ou dos computadores responsáveis pela movimentação empresarial do acusado por cartel compromete a credibilidade da prova e põe em risco toda a investigação do crime.

Aqui, como já mencionado, existem diversas normativas que podem ser observadas, inclusive com a utilização de melhores práticas internacionais, treinamentos que são ofertados pelos próprios fabricantes dos equipamentos – o que se identifica como atividade forense digital¹⁹³.

Como terceiro ponto de controle, aponta-se o procedimento de coleta, seja decorrente do desconhecimento do conceito de cadeia de custódia pelo agente público, seja pelo desconhecimento do conceito de cartel¹⁹⁴.

¹⁹² Furlaneto Neto e Santos (2020), a título de exemplo, sobre a arrecadação de vestígios digitais afirmam: “Nota-se que o início da cadeia de custódia dar-se-á com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais que constatarem a existência de vestígios. O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação. A coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares. Todos os Institutos de Criminalística (IC) deverão ter uma central de custódia destinada à guarda e controle dos vestígios. A gestão deve ser vinculada diretamente ao Órgão Central de Perícia Oficial de natureza criminal. Verifica-se que o legislador descreveu normas genéricas relativas à cadeia de custódia não contemplando práticas metodológicas referentes aos vestígios digitais. Nesse sentido, Machado (2020) defende a aplicação da Norma ABNT NBR ISO/IEC 27037:2012 (ABNT, 2013) [...] com a finalidade de padronizar o tratamento de evidências digitais. [...] Destaca-se que a norma ABNT NBR ISO/IEC 27037:2012 (ABNT, 2013) é referência internacional para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidências forenses digitais em todas as etapas no processo de investigação. Faz parte das normas da família ISO 27000 – Gestão da Segurança da Informação, sendo a mais relevante na área de perícia forense digital”.

¹⁹³ O presente estudo não se presta a enumerar todos os procedimentos referentes à forense digital e investigação cibernética. Pontua-se, aqui, entretanto, algumas soluções: duplicador forense, bloqueador de escrita, *phone breaker*, ferramenta de coleta e análise de dispositivos móveis, *software* de extração de dados (inclusive com possibilidade de *data carving* – recuperação de dados perdidos ou apagados de sistemas de armazenamento digital) etc.

¹⁹⁴ Já foi pontuada a dificuldade existente na identificação prévia de pessoas físicas ou mesmo de documentos específicos que devam lastrear uma medida cautelar (de natureza quase assecuratória) de busca e apreensão de vestígios de crime de cartel, haja vista se tratar de um crime corporativo, com extensão decisória e de execução em diversas camadas das empresas. A identificação, assim, é trabalhosa, demandando tempo e conhecimento técnico. É importante destacar que essa dificuldade traz diversas contestações pela ilegalidade, principalmente no cumprimento das medidas, mas que não se pode confundir, por si só, essa complexidade com *fishing expedition* (termo utilizado para descrever os pedidos de medidas cautelares excessivamente abrangentes e/ou vagos, desprovidos de fundamentação lógica).

Como ressaltado no capítulo inicial, as dezenas de regras e manuais sobre cadeia de custódia existentes no Brasil nem sempre convergem numa preservação uníssona do conjunto probatório por incompatibilidade de procedimentos entre diferentes jurisdições. Dessa forma, ao transpô-lo de uma autoridade para outra, nem sempre a cadeia de custódia sobrevive.

Quanto ao desconhecimento do conceito de cartel, é de se notar que, em algumas diligências de busca e apreensão, as autoridades locais deixam passar evidências importantes residentes em pontos focais de direção da empresa ou “esquecem” de apreender aparelhos eletrônicos por entender que cartéis são apenas aqueles cometidos em postos de combustível. Muitas autoridades entendem que cartel é uma reunião presencial feita para combinar preços, quando, na verdade, contempla diversas variáveis de manipulação de mercado que não precisam de reunião, que não necessariamente são presenciais e que nem sempre dizem respeito a preços:

Em outros cenários horizontais, tais como cartel, a união relacional entre empresas tende a criar um ambiente propício de redução de competitividade, o que impacta negativamente no crescimento econômico nacional. Ainda que o cartel almeje ser um ente monopolista, a pluralidade de seus membros o faz mais frágil que uma firma com posição dominante porque os interesses de cada um são diferentes e, em muitas situações, colidentes. A perpetuação dessa estrutura acaba por desenvolver um *know how* de cartel que é cada vez mais aprimorado pelos infratores e muitas vezes até replicados de outros mercados cartelizados, capaz de aumentar ainda mais os custos de transação resultantes e internalizados por toda a sociedade. (BRAGA, 2018, p. 52-53).

Existem vários exemplos de cartéis de produtos e serviços de mercados sem qualquer relação com combustíveis, tais como aquecedores solares, cimento, lousas digitais, trens e memórias de computador. Por isso, os coletores das provas muitas vezes desprezam vestígios importantes e, depois de perceberem o equívoco, podem tentar voltar para corrigir o erro, comprometendo toda a cadeia de custódia.

O erro de documentação também pode ser um erro fatal, apto a inadmitir a prova judicial para crimes de cartel. As investigações e diligências desse crime geralmente são feitas de forma conjunta, envolvendo autoridade administrativa, autoridade policial e Ministério Público¹⁹⁵. Quando as provas são coletadas, elas são reproduzidas, por quem comete o crime de cartel, para essas diferentes esferas de responsabilização: esfera administrativa, esfera penal e esfera cível. Essa pluralidade aumenta o risco de falha na duplicação íntegra do arcabouço probatório e, mais ainda, na movimentação dele entre uma autoridade e outra quando a replicação não for possível.

¹⁹⁵ Órgãos da Administração Pública Direta ganham cada vez mais protagonismo subsidiando o processo de persecução a crimes econômicos, emprestando *expertise* técnica nas análises tanto de evidências, como no encaminhamento de informações que sejam de interesse da justiça, que se constituam em evidências de ilícito penal. Pode-se nomear a Receita Federal (RF), o Coaf, o Cade, CVM etc.

Um único erro nas sucessivas idas e vindas da prova podem colocar todo o esforço investigativo a perder.

Como atividade precedente da coleta, mas que nela acaba se materializando, é importante que, em todos os vestígios coletados, sejam identificadas, se possível, as pessoas que tinham posse do item ou, pelo menos, a quem pertence o local onde os vestígios foram reconhecidos. Essa medida é muito importante para a individualização da conduta, considerando que, no crime de cartel, a pessoa jurídica não possui responsabilidade penal.

Por fim, como ponto de controle, a influência externa é risco constante nas investigações empresariais, pois grandes empresários costumam ter fontes internas na polícia para ter ciência antecipada de operações e movimentações de seu interesse. A corrupção de agentes públicos gera o risco de manipulação e descarte prévios das evidências pelos investigados que possuam informação privilegiada sobre alguma diligência de busca e apreensão em crime de cartel:

A corrupção pode ser mais um dos muitos custos de transação que embaraçam a competitividade, dificultando o dinamismo de mercados, impondo barreiras desnecessárias a possíveis entrantes e privilegiando determinados indivíduos dotados de inserção política e não de pujança competitiva empresarial. Os vícios que demandam intervenções de mercado são uma constante no estudo dos fenômenos jurídico-econômicos que permeiam atitudes ilegais e podem alcançar disciplinas que extrapolam o direito antitruste. (BRAGA, 2018, p. 52)

Por isso, a preservação da cadeia de custódia nesses crimes não começa no recebimento da prova, mas já na preparação da diligência de busca e apreensão, ao estabelecer o círculo de confidencialidade dos agentes que serão envolvidos, o nível de exigência técnica necessária e os instrumentos físicos e humanos indispensáveis ao cumprimento da ordem judicial. A confiabilidade da equipe, do material e das técnicas utilizadas está, sim, presente na preservação da cadeia de custódia dos crimes de cartel, muito embora não esteja expressamente prevista no art. 158-B do CPP.

A respeito da nulidade (admissibilidade) e/ou ilicitude da prova que ensejou a inobservância do regramento da cadeia de custódia, em que pese diversas teorias estarem sendo construídas, da nulidade absoluta à possibilidade da valoração da prova (já abordadas no item 3), é importante, aqui, reafirmar que a doutrina e a jurisprudência ainda não se debruçaram muito sobre o assunto, considerando, por exemplo, a possibilidade de sanear (remediar) eventual inconsistência (quebra).

5.2 Da cadeia de custódia no Cade

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) é uma autarquia federal brasileira, vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, responsável por zelar pela livre concorrência. Suas funções repressiva e preventiva¹⁹⁶ em relação a infrações à ordem econômica encontram-se normatizadas na Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência – LDC).

O Cade, enquanto autarquia vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública no Brasil, atua como órgão regulador e fiscalizador das atividades econômicas com potencial impacto na concorrência e na livre iniciativa. Nesse contexto, o Cade possui competência para instaurar e conduzir processos administrativos investigativos que visem identificar e reprimir práticas anticompetitivas, tais como acordos, associações e condutas que possam comprometer o ambiente de mercado saudável e a concorrência justa.

Observadas as atribuições do Cade, a atividade probatória ocorre nos mesmos moldes de um processo judicial, quando referente à sua atividade “judicante” – inclusive, as decisões são tomadas, em última instância pelo seu tribunal, conforme o art. 9º da LDC¹⁹⁷. É importante

¹⁹⁶ Doutrinariamente é reconhecida (1) a atribuição repressiva do Cade nas apurações das infrações (ilícitos) à ordem econômica, tipificadas no art. 36 da Lei nº 12.529/2011, bem como (2) a preventiva, no controle de concentrações econômicas (arts. 88 e seguintes do mesmo diploma legal). É usual que se refira, equivocadamente, ao Cade como agência reguladora, quando na verdade, ressalta-se, trata-se de autoridade de defesa da concorrência: “Vale ressaltar que, apesar de ser uma autarquia em regime especial, o Cade não é uma agência reguladora da concorrência, e sim uma autoridade de defesa da concorrência. Sua responsabilidade é julgar e punir administrativamente, em instância única, pessoas físicas e jurídicas que pratiquem infrações à ordem econômica, não havendo recurso para outro órgão. Além disso, o Conselho também analisa atos de concentração, de modo a minimizar possíveis efeitos negativos no ambiente concorrencial de determinado mercado. Não estão entre as atribuições da autarquia regular preços e analisar os aspectos criminais das condutas que investiga. Suas competências também não se confundem, por exemplo, com as de órgãos e entidades de defesa do consumidor (Instituto de Defesa do Consumidor – Procon, Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON/MJ etc.) ou dos trabalhadores”. (CADE, 202-?). Quanto a uma possível atividade regulatória, se assim considerada, de forma indireta, por meio dos entendimentos firmados para casos específicos e pela edição de normas e guias (*guidelines*) que regulam a atividade interna do órgão, mas que acabam por nortear as atividades dos jurisdicionados. Mais informações podem ser obtidas no próprio portal do Órgão, disponível em <https://www.gov.br/cade/pt-br/acesso-a-informacao/institucional>.

¹⁹⁷ Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: I - zelar pela observância desta Lei e seu regulamento e do regimento interno; II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; III - decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral; IV - ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar; V - aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento; VI - apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral; VII - intimar os interessados de suas decisões; VIII - requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei; IX - contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos desta Lei; X - apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma desta Lei, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em

destacar ainda que sua atividade processual possui regulação própria: aplicam-se subsidiariamente o disposto nas leis nº 5.869/73 (Código de Processo Civil – CPC), 7.347/85 (Ação Civil Pública), 9.784/99 (Processo Administrativo Federal) e 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor – CDC).

A preocupação do presente estudo sobre a produção probatória no âmbito do Cade possui as seguintes vertentes: (1) se os procedimentos referenciados no órgão são suficientes para a integridade da prova, considerando a maior informalidade presente em processos administrativos¹⁹⁸; e (2) se os procedimentos adotados legitimam o empréstimo da prova produzida nesse órgão ao processo penal.

De toda a produção probatória identificada nos normativos editados pelo e sobre o Cade, o presente estudo focará as análises nas provas produzidas (1) pelos representados¹⁹⁹; (2) pelos proponentes de acordos de leniência e (3) pelo próprio órgão, em sede do cumprimento de medidas cautelares de busca e apreensão²⁰⁰.

Inicialmente, há que se afirmar a inexistência de norma cogente que trate da obrigatoriedade do cumprimento de cadeia de custódia na produção probatória a ser efetivada em processo administrativo²⁰¹.

controle de atos de concentração; XI - determinar à Superintendência-Geral que adote as medidas administrativas necessárias à execução e fiel cumprimento de suas decisões; XII - requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal; XIII - requerer à Procuradoria Federal junto ao Cade a adoção de providências administrativas e judiciais; XIV - instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica; XV - elaborar e aprovar regimento interno do Cade, dispondo sobre seu funcionamento, forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos XVI - propor a estrutura do quadro de pessoal do Cade, observado o disposto no inciso II do caput do art. 37 da Constituição Federal ; XVII - elaborar proposta orçamentária nos termos desta Lei; XVIII - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções; e XIX - decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos.

¹⁹⁸ Não se fará no presente, estudo sobre as características do processo administrativo sancionador do Cade, se deveriam se aplicar subsidiariamente as normas processuais penais, a despeito de estarem elencados na LDC outros normativos que não este. A cadeia de custódia, independentemente de norma legal e/ou infralegal, será considerada como importante fator de convencimento do superintendente-geral e do tribunal do Cade em suas decisões.

¹⁹⁹ A Lei nº 12.529/11, nos termos de seu art. 70, estabeleceu o termo representado para definir a pessoa física ou jurídica, processada por possível infração à ordem econômica: “Na decisão que instaurar o processo administrativo, será determinada a notificação do representado para [...]”. É o investigado.

²⁰⁰ Para aprofundamento sobre *standard* probatório requerido pelo Cade para estabelecer a existência ou não de uma infração à ordem econômica e, principalmente, sobre a admissibilidade de provas, *vide* Cade (2021).

²⁰¹ O autor do presente estudo é servidor público da carreira de Escrivão de Polícia Federal, encontrando-se lotado, por requisição, no Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Desde a extinta Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE), órgão que era responsável pela instrução dos procedimentos que seriam julgados pelo Cade, ocupa funções relacionadas à atividade de análise de informação e instrução de casos de formação de cartel, à atividade operacional do cumprimento das medidas cautelares de busca e apreensão cível, solicitadas pelo próprio Cade, bem como na atuação conjunta com os mais diversos órgãos de persecução criminal do Brasil, com atribuição para a repressão ao crime de cartel, dentre outros (responsável pelas equipes do Cade que integram, em apoio, as diligências criminais de busca e apreensão em casos de formação de cartel). Considerando essa experiência, é possível consignar que, desde a SDE, a integridade da

Apesar da *expertise* técnica do Cade, seu processo sancionatório de natureza administrativa não torna a investigação do ilícito de formação de cartel mais fácil. Na realidade, os meios probatórios disponíveis são mais restritos para a obtenção de provas de comunicação entre os concorrentes que os do processo criminal, a exemplo da possibilidade da quebra de sigilo telefônico.

Dentre os meios de produção probatória utilizados pelo Cade, destaca-se a busca e apreensão cível²⁰², cuja medida cautelar será requerida ao Poder Judiciário, no intuito de se efetivar a coleta de “vestígios” da infração à ordem econômica investigada²⁰³:

EMENTA: CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. AÇÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO. INVESTIGAÇÕES ADMINISTRATIVAS POR SUSPEITA DE FORMAÇÃO DE CARTEL NO MERCADO SALINEIRO NORTE-RIOGRANDENSE. RAZÃO DE SER E ESCOPO DA MEDIDA ACAUTELATÓRIA. ART. 13, VI, D, DA LEI Nº 12.529/2011. CONSTITUCIONALIDADE. INDÍCIOS SUFICIENTES DE ATUAÇÃO ANTICORRENCIAL ILÍCITA. FUMUS BONI JURIS. URGÊNCIA DEMONSTRADA. PERICULUM IN MORA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. Apelação interposta contra sentença de procedência do pedido de medida cautelar de busca e apreensão, ajuizada pelo CADE, com base no art. 13, VI, d, da Lei 12.529/2011, e nos arts. 839 a 843 do CPC, por suspeita de formação de cartel, no mercado potiguar do sal.

2. O art. 13, VI, d, da Lei nº 12.529/2011, autoriza à Superintendência Geral do CADE “requer ao Poder Judiciário, por meio da Procuradoria Federal junto ao CADE, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, aplicando-se, no que couber, o dispositivo no art. 839 e seguintes da Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal”. Essa norma harmoniza os interesses envolvidos em demandas como a presente: de um lado, a autarquia fiscalizadora não fica impossibilitada de acessar elementos de relevo para suas investigações; de outro lado, os agentes econômicos investigados ficam seguros de que qualquer medida de acesso ao seu acervo de informações deve passar pelo crivo do Poder Judiciário. Nada há de inconstitucional nessa disposição que permite a determinação de busca e apreensão em sede de inquérito administrativo.

prova sempre foi uma preocupação constante do órgão, desde a aquisição de malotes e lacres até duplicadores de mídia, bloqueadores de escrita, equipamentos de extração e análise de evidências digitais etc. Sempre se buscou a fidedignidade tanto da prova digital como da física. A título, ainda, de informação, o autor ministra tanto no Cade quanto em órgãos de persecução criminal diversos cursos específicos de investigação do delito/crime de formação de cartel, inclusive “Oficina de Busca e Apreensão” (teoria e prática).

²⁰² Trata-se medida cautelar de caráter específico, consistindo em uma medida restritiva de direito voltada para a obtenção de provas essenciais à instrução administrativa de condutas supostamente anticoncorrenciais no âmbito do Cade. A medida é realizada pelo próprio Poder Judiciário (por Oficiais de Justiça, segundo rito específico da Tutela Cautelar Antecedente) com o auxílio de servidores do Cade, que realizarão a análise do material a ser apreendido.

²⁰³ Destaca-se que a medida não é exclusiva para a infração de formação de cartel, nos termos do art. 13 da Lei nº 12.529/11: “[Compete à Superintendência-Geral] requerer ao Poder Judiciário, por meio da Procuradoria Federal junto ao Cade, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 e seguintes da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal”.

3. O deferimento de medidas cautelares está condicionado à concomitância dos requisitos da fumaça do bom direito e do perigo de demora.

4. O *fumus boni juris, in casu*, é revelado pelos seguintes documentos, constantes nos autos, que permitem inferir, pela convergência entre estudos e declarações públicas, a existência de fortes indícios de cartelização no mercado salineiro potiguar.²⁰⁴

O Cade percebe nessa medida seu caráter significativo, tanto por sua importante qualidade ferramental para a comprovação dos ilícitos, como por sua natureza restritiva, excepcionalizante de direitos e garantias de pessoas naturais (utilizada de forma criteriosa e proporcional, mediante ordem judicial). Neste sentido, inclusive, foi editado o documento institucional Diligências de Busca e Apreensão Cíveis: informações gerais sobre operacionalização²⁰⁵.

O documento, de natureza procedimental (informativo) é datado de setembro de 2017, anteriormente à inclusão do instituto da cadeia de custódia no regimento processual penal pátrio. Reflete a *expertise* adquirida pelo Cade no cumprimento de medidas cautelares de busca e apreensão, desde a edição da Lei nº 10.149/2000:

As informações contidas no presente documento foram elaboradas com base nas melhores práticas observadas em diligências de busca e apreensão cíveis realizadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, com o objetivo de registrar a memória institucional e servir de referência para os servidores nos procedimentos dessa relevante atividade para a política de defesa da concorrência. Inobstante, trata-se de documento cujo conteúdo pode sofrer alterações, tanto legais quanto práticas, sempre em busca da excelência e com estrita observância dos aspectos legais que circunscrevem um evento de busca e apreensão. Destaque-se que o presente documento não constitui normativo interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, nem tampouco estabelece qualquer tipo de regulamento ou vincula os servidores que atuam nas atividades aqui descritas, consistindo tão somente em documento institucional de referência que consolida, de maneira transparente, a experiência do órgão.²⁰⁶

Nele, se demonstram as preocupações (e precauções) que o Cade já possuía sobre a cadeia de custódia, mesmo que a edição do documento tenha sido anterior à sua inclusão formal no CPP, considerando quatro fases bem distintas: (1) identificação da infração – Validação do caso; (2) planejamento – Preparação; (3) medidas executórias – Deflagração; e (3) encadeamento – Consolidação da apreensão.

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Especial nº 1034218. Relator: Ministra Rosa Weber, 05 de dezembro de 2017. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 28 de fevereiro de 2018. [2018b]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312361147&ext=.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2023.

²⁰⁵ CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Diligências de busca e apreensão cíveis: informações gerais sobre operacionalização. Brasília, 2017. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-e-manuais-administrativos-e-procedimentais/manual-de-operacoes-de-busca-e-apreensao.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2023.

²⁰⁶ *Ibden*, p. 6.

A preocupação com a cadeia de custódia da “prova” que será produzida a partir de diligências de busca e apreensão aparece formalmente no documento pela primeira vez na fase da preparação, quando da realização do planejamento operacional, momento em que a “equipe de análise e produção do conhecimento” estabelece “os demais itens necessários à realização da busca e, posteriormente, a devolução dos materiais apreendidos”²⁰⁷. Para que se efetive o cumprimento da cadeia de custódia, informações importantes devem ter sido obtidas, tais quais: dimensionamento dos locais, provável sistema de informações (se em rede, local ou nuvem, por exemplo) expectativa de segurança física do local etc. Todos esses elementos interferem na tomada de decisões sobre o devido cumprimento da diligência.

É na fase da deflagração, entretanto, que se efetiva a preservação da fonte da prova, base da doutrina da cadeia de custódia. Desde a entrada no local de busca até a saída das equipes com o material apreendido, diversas são as ocorrências a serem observadas. A lavratura do auto de apreensão, aqui, é documento indispensável à manutenção da integridade da “prova”. Nele deverão constar informações sobre todas as ocorrências e, principalmente, a identificação dos lacres físicos e digitais (quando houver). O auto não apenas descreve as ocorrências da diligência como também é fundamental para os cuidados com o transporte de todo o material até a conferência dos itens apreendidos, quando se iniciará a devolução do material apreendido.

Nessa fase (de consolidação da apreensão), chamam atenção alguns procedimentos: (1) o procedimento adotado para triagem dos documentos físicos, considerando a cópia e autenticação daqueles identificados como relevantes para a investigação, na presença de representante da parte interessada, com a devolução do restante do material; (2) o procedimento de cópia do material eletrônico, também realizado na presença da parte interessada, com a produção de 2 cópias, uma de devolução para a empresa (como uma contrafé) e outra de análise do Cade. O original é devidamente lacrado e armazenado até o “fim da instrução do processo administrativo”²⁰⁸, caso seja necessária a efetivação de exame técnico pericial sobre o original (prova sobre prova); e (3) a elaboração de documento a ser assinado também pelos representantes das empresas, em que se descrevem todos os procedimentos que ocorreram nessa fase, denominada Elaboração e Coleta das Assinaturas no Termo de Abertura de Malotes, Extração de Cópias e Devolução de Originais.

²⁰⁷ *Ibden*, p. 14.

²⁰⁸ O documento - Diligências de busca e apreensão cíveis: informações gerais sobre operacionalização - aponta o “fim da instrução do processo administrativo” de forma genérica, *lato sensu*, eis que a devolução será efetivada provavelmente, caso não haja qualquer intercorrência, com o trânsito em julgado da decisão, observada a possibilidade de ajuizamento pelas partes.

O Cade, ainda, recebe evidências por parte dos interessados, sejam denunciante, proponentes e signatários de acordos de leniência e, claro, dos representados por possíveis ilicitudes. Pode-se verificar nestes, também, uma preocupação a respeito dessa fonte (meio) de prova. No Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade²⁰⁹, entende-se como essencial que os proponentes de acordos de leniência adotem precauções técnicas durante a coleta das evidências. O proponente deve registrar a cadeia de custódia de documentos eletrônicos e físicos a serem submetidos ao Cade, incluindo informações sobre os responsáveis pela coleta.

No caso de documentos eletrônicos, é necessário descrever o método de extração, identificação dos dispositivos, de seus proprietários e os procedimentos utilizados. Também é importante detalhar métodos de análise (busca), *software* utilizado e os seus responsáveis. Para *e-mails*, os metadados, como cabeçalho (*header*), devem ser apresentados. A preservação dos discos rígidos originais e a autenticação *hash* dos documentos originais, para comparação com as cópias, é recomendado. A apresentação dos originais ao Cade ainda é possível e desejável. Em situações onde os documentos apresentados não são os originais, a comprovação de existência (ou justificativa de inexistência) deve ser informada. Na apresentação das evidências, serão avaliados os cuidados tomados para garantir autenticidade dos documentos, ressaltando que a impossibilidade de alguns procedimentos não inviabiliza o uso dos documentos apresentados.

Esse procedimento é desejável a toda apresentação de evidências junto ao Cade. Entende-se, nos seus procedimentos administrativos, sobre a admissibilidade das provas produzidas, os mesmos termos do que já foi explicitado quando se tratou dos efeitos da quebra da cadeia de custódia. Portanto, será necessário analisar (1) o grau da violação (ou desconfiança sobre a prova apresentada); (2) qual o prejuízo para a defesa; e (3) o conjunto probatório (valorando-a no contexto geral). Neste mesmo sentido, explicita o Conselheiro Sérgio Ravagnani:

[...] é preciso destacar a ausência de qualquer previsão legal ou infralegal quanto ao formato e aos requisitos técnicos mínimos que devam ser observados no que se refere à certificação dos documentos eletrônicos apresentados. O Relatório de Certificação Eletrônica serve como uma garantia adicional da legitimidade de tais documentos, não sendo a única forma de comprovação de sua idoneidade. Dessa forma, o fato de alguns poucos documentos eletrônicos não constarem no relatório de certificação eletrônica é, por si só, insuficiente para produzir nulidades ou mesmo condicionar o reconhecimento de validade desses documentos. O Guia de Leniência do Cade (“Guia”) estabelece orientações e boas práticas a respeito dos cuidados técnicos para coleta de documentos físicos e eletrônicos pelos proponentes do Acordo de Leniência.

²⁰⁹ CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade. Brasília, 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/2020-06-02-guia-do-programa-de-leniencia-do-cade.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2023

Dentre esses cuidados, o Guia recomenda que os proponentes sejam capazes de apresentar o registro da cadeia de custódia dos documentos submetidos ao Cade e informações específicas sobre os procedimentos de extração e análise das evidências, bem como informações que permitam conferir a autenticidade dos documentos apresentados. Nesta esteira, o Guia expressamente prevê que a “[...] eventual impossibilidade no prosseguimento de alguns dos procedimentos mencionados não invalida a possibilidade de utilização dos documentos apresentados”. Conforme já tive oportunidade de manifestar, a ausência de certificação eletrônica enfraquece o valor probatório do documento, mas não o invalida de plano como elemento de prova. A presença de outras provas corroborando os fatos descritos no documento é suficiente para, em conjunto, fundamentar uma eventual condenação, desde que os representados não sejam capazes de apresentar contraprovas e fundamentos suficientes para desconstituir as conclusões obtidas com a interpretação conjunta dos elementos constantes do acervo probatório. Por fim, os Representados não indicaram elementos que tornassem controversa a autenticidade e o valor probatório dos documentos questionados ou alguma forma concreta de prejuízo ao exercício do direito de defesa. Não se pode olvidar que as provas produzidas pela Administração Pública gozam da presunção de legalidade, admitindo sua desconstituição mediante apresentação de elementos que a contrarie, o que não ocorreu neste caso.²¹⁰

De todo o exposto sobre os procedimentos referentes à preservação da cadeia de custódia das “provas” de formação de cartel observados em documentos de trabalho internos do Cade, que refletem sua experiência, bem como suas melhores práticas, entende-se como viável o empréstimo dessas provas, a fim de que sejam submetidas ao contraditório em processo penal específico, para melhor construir o entendimento do magistrado.

Há que se reconhecer a experiência do órgão na persecução administrativa aos ilícitos concorrenciais se forma a não só produzir provas que podem ser utilizadas junto ao Poder Judiciário, como podem gerar conhecimento específico aos órgãos de persecução criminal.

²¹⁰ CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.003340/2017-63. Relator: Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani, 20 de outubro de 2021. Diário Oficial da União. Brasília, 27 de outubro de 2021. [2021a].

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo se dispôs a apontar reflexões inerentes à preservação da cadeia de custódia em crimes de cartel com a indicação dos fundamentos conceituais e procedimentais que envolvem o tema.

O tema é pungente e recente, com literatura ainda abrangente e não específica ao ilícito anticompetitivo. Dessa forma, os responsáveis pela defesa da concorrência acabam por fazer interpretações sistemáticas e gerais para solucionar problemas específicos e só encontrados quando o crime em referência é cartel. Aponta-se, como exemplo, a possibilidade de cometer a infração de influência de conduta uniforme ao compartilhar, entre acusados, evidências que foram apreendidas em empresas rivais. Esse exemplo, especificamente abordado neste estudo, mostra que nem sempre a doutrina e a jurisprudência generalistas expõem solução ótima que atenda plenamente ao exercício do direito de defesa ou atenda plenamente ao sigilo de informações concorrencialmente sensíveis.

O *iter* percorrido compreendeu a origem de recente regulamentação federal acerca da cadeia de custódia no Código de Processo Penal, no sentido de uniformizar os diferentes entendimentos sobre os procedimentos necessários à garantia da idoneidade do conjunto probatório de crimes. A partir dele é que se pôde concluir que a rastreabilidade é imprescindível para a integridade das provas no processo penal e que a falta de preservação da cadeia de custódia gera consequências, ainda que a legislação seja omissa nesse aspecto.

Conclui-se, entretanto, pela não obrigatoriedade dos procedimentos específicos elencados no art. 158-B do CPP como norma cogente à coleta de vestígios em crimes de natureza formal, como é o cartel, ainda que seja obrigatória a adoção de procedimentos que viabilizem o cumprimento da cadeia de custódia.

A despeito da não obrigatoriedade, mas reconhecendo a importância do procedimento previsto na novel legislação, foi que, sucintamente, tratou-se de apontar as suas repercussões como se adotadas para os crimes de cartel, conforme recorte metodológico deste trabalho. Foi abordado também o porquê de o procedimento de planejamento da coleta das evidências ser um dos procedimentos obrigatórios na formação da cadeia de custódia de crimes de cartel pela natureza do crime e pelos riscos de corrupção e captura a eles inerentes, embora não arrolado na norma processual penal vigente.

Considerou-se, ainda, a existência de riscos à idoneidade da cadeia especificamente nos casos de cartel, em decorrência da peculiaridade do ambiente em que tal infração é cometida. Considerou-se, também, que esses riscos, se identificados em tempo hábil, podem ser mitigados

em fases anteriores da cadeia de custódia por serem previsíveis. Com isso, é possível compreender que os crimes de cartel obedecem ao novel regramento de cadeia de custódia do CPP; precisa, porém, de adaptações e ajustes que emanam de cada caso concreto objeto de diligência.

Por fim, foram analisados os procedimentos de produção probatória adotados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) na persecução administrativa das infrações à ordem econômica, ao que se concluiu como não só aptos ao cumprimento de cadeia de custódia que viabilize o empréstimo das provas por ele produzidas aos processos de apuração de crime de cartel, como entendeu-se que a *expertise* adquirida pode e deve ser observada pelos órgãos de persecução criminal, principalmente levando-se em consideração as características desse delito econômico, de difícil comprovação.

REFERÊNCIAS

- ALCALÁ, Humberto Nogueira. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. **Ius et Praxis**, Talca, v. 11, n. 1, p. 221-241, 2005. Disponível em: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100008&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 10 jul. 2023.
- ALVES, Raquel. O que foi discutido na visita de Sérgio Moro ao Senado. **Jota**. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/legislativo/o-que-foi-discutido-na-visita-de-sergio-moro-ao-senado-01122016>. Acesso em: 27 jun. 2023.
- ALVES, Raquel; COURA, Kalleo. Após polêmica, Maia adia votação de medidas contra corrupção. **Jota**. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/legislativo/apos-polemica-maia-adia-votacao-de-medidas-contracorrupcao-24112016>. Acesso em: 27 jun. 2023.
- ANDRÉS, Roberto Rolim. **A razão dos centavos: crise urbana, vida democrática e as revoltas de 2013**. 2022. Tese (Doutorado em História e Fundamentos da Arquitetura e do Urbanismo) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/16/16133/tde-17012023-172844/publico/TERobertoRolimAndres_Rev.pdf. Acesso em: 18 jul. 2023.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. *In*: KHALED JR, Salah H. (Org.). **Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.** Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 375-415. Disponível em: https://www.academia.edu/56796713/Sistema_penal_e_poder_punitivo_estudos_em_homenagem_ao_professor_Aury_Lopes_Jr. Acesso em: 20 jun. 2023.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, 2018. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/138>. Acesso em: 7 jul. 2023.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. *In*: SIDI, Ricardo (Org.); LOPES, Anderson Bezerra (Org.). **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p. 517-538.
- BARROS, Francisco Direceu. A teoria da quebra da cadeia de custódia da prova e as nulidades do processo penal: As nulidades decorrentes da quebra da cadeia de custódia da prova. **Jusbrasil**. 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-teoria-da-quebra-da-cadeia-de-custodia-da-prova-e-as-nulidades-do-processo-penal/215875552>. Acesso em: 30 jul. 2023.
- BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A cadeia de custódia no pacote anticrime. **Academia.edu**. 2020. Disponível em: https://www.academia.edu/44441748/A_CADEIA_DE_CUST%C3%93DIA_NO_PACOTE_ANTICRIME?sm=b. Acesso em: 5 jul. 2023.

BRAGA, Tereza Cristine Almeida. **Combate a cartéis e remédios antitruste: o poder público e a arquitetura de incentivos e desincentivos na concorrência**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no RHC nº 143169. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 07 de fevereiro de 2023. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 02 de março de 2023. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/?documento_tipo=integr a&documento_sequencial=178069980®istro_numero=202100573956&publicacao_data=20230302&peticao_numero=202200877923. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática. HC nº 620.956. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 29 de março de 2023. [2023a]. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/?&sequencial=183198502&num_registro=202002774788&data=20230329&data_pesquisa=20230329&tipo=0&componente=MON. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no HC nº 739.866. Relator: Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 10 de outubro de 2022. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia l=2219535&num_registro=202201304431&data=20221010&peticao_numero=20220075998 5&formato=PDF. Acesso em: 13 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC nº 214.908. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 27 de setembro de 2022. [2022a]. Diário Judicial Eletrônico. Brasília. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354542379&ext=.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no HC nº 752.444. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 10 de outubro de 2022. [2022b]. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia l=2223174&num_registro=202201976462&data=20221010&peticao_numero=20220079299 8&formato=PDF. Acesso em: 11 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no REsp n. 1.774.165/PR. Relator: Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), 19 de abril de 2022. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 10 de maio de 2022. [2022c]. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/?documento_tipo=integr a&documento_sequencial=151790064®istro_numero=201802762201&publicacao_data=20220510&peticao_numero=202000128405. Acesso em: 13 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Habeas Corpus nº 653515. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, 23 de novembro de 2021. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 01 de fevereiro de 2022. [2022d]. Disponível em:
<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia>

l=2073941&num_registro=202100831087&data=20220201&formato=PDF. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. REsp nº 1.825.022. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgamento em 22 de fevereiro de 2022. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 03 de março de 2022. [2022e]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/?documento_tipo=integr a&documento_sequencial=146151025®istro_numero=201901971629&publicacao_data=20220303. Acesso em: 13 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. RHC nº 160986. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, 06 de dezembro de 2022. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 12 de dezembro de 2022. [2022f]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/?documento_tipo=integr a&documento_sequencial=172816288®istro_numero=202200499314&publicacao_data=20221212. Acesso em: 13 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. ARE nº 1343875. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 08 de agosto de 2022. Diário Judicial Eletrônico, 13 de setembro de 2022. [2022g]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353452172&ext=.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no AgREsp nº 1.847.296. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 22 de junho de 2021. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 28 de junho de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100493816&dt _publicacao=28/06/2021. Acesso em: 30 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. AgRg no RHC n. 133.430/PE. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, 23 de fevereiro de 2021. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 26 de fevereiro de 2021. [2021a]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia l=2025013&num_registro=202002175828&data=20210226&peticao_numero=20210004255 2&formato=PDF. Acesso em: 12 jul. 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC nº 202907. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 23 de novembro de 2021. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 30 de novembro de 2021. [2021b]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758465227>. Acesso em: 11 jul. 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de Perícia, Pesquisa e Análise. **Orientações para a preservação da cadeia de custódia de vestígios digitais**: com base na Lei Anticrime nº 13.964/2019. Brasília: MPF, 2020. Disponível em: <http://intranet.mpf.mp.br/areas-tematicas/gabinete--pgr/pericia-pesquisa-e-analise/publicacoes-e-manuais/relatorios-1>. Acesso em: 22 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Rcl Agr-Agr nº 25.872. Relator: Ministra Rosa Weber, 17 de dezembro de 2019. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 05 de

março de 2020. [2020a]. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752160014>. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 882/2019, de 19 de fevereiro de 2019. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa.

Brasília, 2019. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filenome=PL%20882/2019. Acesso em: 30 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal, 24 de dezembro de 2019. [2019a]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 5 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. RHC nº 77.836/PA. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 5 de fevereiro de 2019. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 12 de fevereiro de 2019. [2019b]

Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602865444&dt_publicacao=12/02/2019 Acesso em: 12 jul. 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. REsp nº 1.795.341-RS. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, 7 de maio de 2019. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 14 de maio de 2019. [2019c]. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=92223495&tipo=5&nreg=201802511115&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20190514&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 13 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Rcl nº 32722. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 07 de maio de 2019. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 29 de novembro de 2019. [2019d]. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751502343>. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 10.372, de 06 de junho de 2018. Introduce modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. Brasília, 2018. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497&filenome=PL%2010372/2018. Acesso em: 4 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta turma. Resp 1.623.985/SP. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 17 de maio de 2018. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 6 de junho de 2018. [2018a]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602327349&dt_publicacao=06/06/2018. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Especial nº 1034218. Relator: Ministra Rosa Weber, 05 de dezembro de 2017. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 28 de fevereiro de 2018. [2018b]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312361147&ext=.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.855, de 29 de março de 2016. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>. Acesso em: 5 jul. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. 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>. Acesso em: 21 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC nº 160662. Relator: Ministra Assusete Magalhães, 18 de fevereiro de 2014. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 17 de março de 2014. [2014a]. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecestj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=33803036&tipo=5&nreg=201000153608&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140317&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 13 jul. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Procedimento operacional padrão**: Perícia Criminal. Brasília/DF, 2013. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/pop/procedimento_operacional_padrao-pericia_criminal.pdf. Acesso em: 11 jul. 2023.

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>. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 29 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Diário Oficial da União, 01 de novembro de 2011. Brasília, 2011a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 5 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC nº 96.905. Relator: Ministro Celso de Mello, 25 de agosto de 2009. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 01 de agosto de 2011.

Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628202>. Acesso em: 18 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC nº 96922. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 17 de março de 2009. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 2009.

[2009a]. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=587049>. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Quinta Turma – 1ª Seção. Apelação Criminal 10491/SP 2000.03.99.063557-9. Relatora: Desembargadora Federal Suzana Camargo. Brasília, 22 de outubro de 2002. DJU: 18/02/2003. P. 661. Disponível em:

<https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoIta/63121144541484>. Acesso em: 4 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. RE nº 251.445/GO. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário Oficial da União. Brasília, 03 de agosto de 2000. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/verDecisao.asp?numDj=149&dataPublicacao=03/08/2000&incidente=1764552&capitulo=6&codigoMateria=3&numeroMateria=106&texto=821830>. Acesso em: 29 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1993. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 678, de 05 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União, 09 de novembro de 1992. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 4 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.137, de 26 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm. Acesso em: 15 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 10 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Diário Oficial da União, 1990. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 15 jul. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 5 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. HC nº 32.468/SP. Min. Nelson Hungria. DJ 27-05-1954, p 05942. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=52434>. Acesso em: 29 jun. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 02 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, 13 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 4 jul. 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal. 10 Medidas contra a corrupção. **Ministério Público Federal** [site]. [200-]. Disponível em: <https://dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal. Caso Lava-jato. **Ministério Público Federal** [site]. [200-a]. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>. Acesso em: 10 jul. 2023.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Recomendações probatórias para propostas de acordo de leniência com o Cade**. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes-institucionais/guias-do-cade>. Acesso em: 11 jul. 2023.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.003340/2017-63. Relator: Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani, 20 de outubro de 2021. Diário Oficial da União. Brasília, 27 de outubro de 2021. [2021a].

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de combate a cartéis em licitação**. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes-institucionais/guias-do-cade>. Acesso em: 11 jul. 2023.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002812/2010-42. Relator: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, 13 de junho de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 19 de junho de 2018.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Avaliação de política de concorrência: estimação de danos no cartel de postos de gasolina em Londrina**. Brasília, 2018. [2018a]. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2018/documento-de-trabalho-n02-2018-avalia%C3%A7%C3%A3o-de-politica-de-concorrencia-estimacao-de-danos-no-cartel-de-postos-de-gasolina-em-londrina.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2023.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.001859/2010-31. Relator: Conselheira Paula Azevedo, 4 de julho de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 10 de julho de 2018. [2018b].

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Diligências de busca e apreensão cíveis: informações gerais sobre operacionalização**. Brasília, 2017. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-e-manuais-administrativos-e-procedimentais/manual-de-operacoes-de-busca-e-apreensao.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2023.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Brasília, 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/2020-06-02-guia-do-programa-de-leniencia-do-cade.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2023.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.004702/2004-77. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, 9 de maio de 2012. Diário Oficial da União. Brasília, 11 de maio de 2012.

CAPEZ, Fernando. Quebra da cadeia de custódia e a admissão da prova no processo penal. **Revista Consultor Jurídico**. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jun-08/controversias-juridicas-quebra-cadeia-custodia-admissao-prova-processo-penal>. Acesso em: 30 jul. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (volume 4)

CAPEZ, Fernando. **Porte de arma desmuniada, ineficaz ou de brinquedo: análise da jurisprudência do STF**. Conteúdo Jurídico. Brasília-DF, 2010. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/coluna/769/porte-de-arma-desmuniada-ineficaz-ou-de-brinquedo-analise-da-jurisprudencia-do-stf>. Acesso em: 30 jun. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Resolução nº CJF-RES-2017/00445, de 07 de junho de 2017. Dispõe sobre a especialização, com competência concorrente, de varas federais em Direito da Concorrência e do Comércio Internacional, 12 jun. 2017. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/publico/biblioteca/Res%20445-2017.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2023.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento nº 188/2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. 2018. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 3 jul. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros**. 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bd a11979a3.pdf. Acesso em: 11 jul. 2023.

COSTA, Adriano Sousa; RESENDE, Mário Dermeval Aravechia; BENEDETTI, Hudson. Vícios de higidez valorativo-probatória na cadeia de custódia. **Consultor Jurídico**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-13/academia-policial-vicios-higidez-valorativo-probatoria-cadeia-custodia>. Acesso em: 29 jun. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches. Teses do STJ sobre o Estatuto do Desarmamento – I (1ª parte). **Meu Site Jurídico**. 2018. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/10/22/teses-stj-sobre-o-estatuto-desarmamento-1a-parte/>. Acesso em: 29 jun. 2023.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. **Exame e levantamento técnico pericial de locais de interesse à justiça criminal**: abordagem descritiva e crítica. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/31QyImG>. Acesso em: 18 jul. 2023.

DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. Cadeia de custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 98, n. 883, p. 436-451, maio 2009.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva**: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. 1. ed. Florianópolis: EMais, 2019.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Segunda Turma Criminal. Apelação Criminal nº 0709214-33.2022.8.07.0001. Relator: Desembargador Jair Soares. Julgamento em 29 de junho de 2023. Diário Oficial da União. Brasília, 04 de julho de 2023. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=&numero=1719960&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS\]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=&numero=1719960&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 12 jul. 2023.

DORAN, Michael. **A Forensic Look at Bitcoin Cryptocurrency**. SANS Institute. 2021. Disponível em: <https://sansorg.egnyte.com/dl/8rw4hjaDt7>. Acesso em: 4 jul. 2023.

ESPINDULA, Alberi. **Perícia criminal e cível**: uma visão geral para peritos e usuários da perícia. 3. ed. Campinas: Millenium, 2009.

ESPINDULA, Alberi.; GEISER, Gustavo Caminoto; VELHO, Jesus Antonio. **Ciências forenses: uma introdução às principais áreas da criminalística moderna**. 1. ed. Campinas-SP: Millenium, 2012.

ESPÍRITO SANTO. Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social. Polícia Civil. Superintendência de Polícia Técnico-Científica. **Manual de Cadeia de Custódia – PCES**. Disponível em: https://pc.es.gov.br/Media/PCES/2021/Manual%20de%20Cadeia%20de%20Cust%C3%B3dia_final.pdf. Acesso em: 11 jul. 2023.

ESTILLAC, Bernardo. Aumento de 20 centavos marcou o início dos protestos de junho de 2013: Com origem em reivindicações para baratear o preço das passagens de ônibus, manifestações não tardaram em absorver uma série de pautas de vários setores. **Estado de Minas**, 11 jun. 2023. Política. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2023/06/11/interna_politica,1505486/aumento-de-20-centavos-marcou-o-inicio-dos-protestos-de-junho-de-2013.shtml. Acesso em: 17 jul. 2023.

FACCINI NETO, Orlando. **Teoria geral do crime**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

FUCK, Luciano Felício. **Memória jurisprudencial: Ministro Nelson Hungria**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/3999>. Acesso em: 19 jul. 2023.

FURLANETO NETO, Mário; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. Apontamentos sobre a cadeia de custódia da prova digital no Brasil. **Revista Em Tempo**, v. 20, n. 1, novembro 2020. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Em_Tempo_n.20.02.pdf. Acesso em: 18 jul. 2023.

GOMES, Luiz Flávio. Arma de fogo desmuniada: perigo abstrato ou concreto? A polêmica continua. **Portal Jusbrasil**. 2009. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/arma-de-fogo-desmuniada-perigo-abstrato-ou-concreto-a-polemica-continua/1956939>. Acesso em: 12 jul. 2023.

GOMES, Luiz Flávio. Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais. **Portal Jusbrasil**. 2009a. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais/1972597>. Acesso em: 5 jul. 2023.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. TUCK, Richard (Org.). 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Cadeia de custódia da prova e investigações internas empresariais: possibilidades, exigibilidade e consequências processuais penais de sua violação. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 2, p. 1453-1510, mai./ago. 2021. Disponível em <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/453/386>. Acesso em: 28 jun. 2023

JUNQUEIRA, Gustavo *et al.* **Lei Anticrime Comentada: artigo por artigo**. São Paulo: Saraiva Educação S.A., 2020.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação S.A., 2023. (E-book).

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal**. Consultor Jurídico. 2015. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>. Acesso em: 27 jun. 2023.

MAGNO, Levy Emanuel; COMPLOIER, Mylene. Cadeia de custódia da prova penal. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, n. 57, ano 22, p. 195-219, março 2021. Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/cj_n57_10_cadeia%20de%20cust%C3%B3dia.pdf?d=637437206976264894. Acesso em: 23 ago. 2023.

MALAN, Diogo. Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 2, n. 1, p. 213-238, 2016. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/22/44>. Acesso em: 28 jun. 2023.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. 1. ed. São Paulo: Singular, 2013.

MATIDA, Janaina. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenação de inocentes. **Boletim IBCCrim**, ano 28, n. 331, p. 6-9, junho 2020. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/51/2>. Acesso em: 22 jun. 2023.

MILAGRE, José. O crime não está seguro por trás das criptomoedas: rastreamento, perícia digital e computação forense envolvendo bitcoins e blockchain. **Blog José Antônio Milagre Advocacia**. 9 de maio de 2017. Disponível em: <https://direitodigital.adv.br/blog/o-crime-nao-esta-seguro-por-tras-das-criptomoedas-rastreamento-pericia-digital-e-computacao-forense-em-casos-envolvendo-bitcoins-e-blockchain/>. Acesso em: 4 jul. 2023.

MINAS GERAIS. Polícia Civil de Minas Gerais. Resolução nº 8.160, de 25 de fevereiro de 2021. Define diretrizes para atuação dos servidores da Polícia Civil de Minas Gerais na cadeia de custódia da prova. **Diário Oficial**, Belo Horizonte, 26 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/628330798/RESOLUCAO-PCMG-8160-2021>. Acesso em: 10 jul. 2023.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (versão digital)

NORONHA, Edgar Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a.

OCDE. **Combate a cartéis em licitações no Brasil: Uma revisão das Compras Públicas Federais**. 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/Combate-a-Carteis-em->

Licitacoes-no-Brasil-uma-Revisao-das-Compras-Publicas-Federais-2021.pdf. Acesso em: 28 jun. 2023.

OLIVEIRA, Alexandre Luiz Alves de. A dignidade da pessoa humana e o princípio da presunção de inocência penal. *In*: PINTO, Felipe Martins (Org.). **Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau**. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019.

PARANÁ. Ministério Público. Centro de Apoio Operacional das Promotorias. **Protocolo de Atuação: Busca e Apreensão**. Curitiba, 2019. Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Protocolo_Busca_e_Apreensao_com_fluxograma1.pdf. Acesso em: 11 jul. 2023.

PARODI, Lorenzo. O prejuízo para a defesa derivante da quebra da cadeia de custódia de provas digitais. **Migalhas**. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/341170/o-prejuizo-para-a-defesa-derivante-da-quebra-da-cadeia-de-custodia>. Acesso em: 31 jul. 2023.

PASSOS, José Joaquim Calmon. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3062>. Acesso em: 19 jul. 2023.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO, Geraldo. Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 22, n. 262, p. 16-17, set. 2014. [2014a].

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RAMOS, Rafaela. A cadeia de custódia da prova no processo penal pela perspectiva da Lei 13.964/2019 como mecanismo garantidor do devido processo legal em um estado democrático de direito. **Revista da Defensoria Pública RS**, Porto Alegre, ano 12, v. 1, n. 29, p. 150-172, 2021. Disponível em <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/405/314>. Acesso em: 5 jul. 2023.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters do Brasil, 2018.

SANTOS, Henrique Machado dos; FLORES, Daniel. Cadeia de custódia digital arquivística. **LexCult: Revista Eletrônica do Centro Cultural Justiça Federal**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 108-139, mai./ago. 2020. Parte 1. Disponível em: <http://lexcultccjf.trf2.jus.br/index.php/LexCult/issue/view/18/Dossi%C3%AA%20-%20Completo%20Parte%201>. Acesso em: 5 jul. 2023.

SANTOS, Jadiel dos. A desconfiguração das dez medidas contra a corrupção e a autopreservação. **Jus.com.br**. 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/97630/a-desconfiguracao-das-dez-medidas-contra-a-corrupcao-e-a-autopreservacao>. Acesso em: 27 jun. 2023.

SASSINE, Vinicius. Análise de dez medidas contra corrupção fica para depois do recesso. **O Globo**, ano 2016, 13 jul. 2016. Política. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/analise-de-dez-medidas-contra-corrupcao-fica-para-depois-do-recesso-19706975>. Acesso em: 7 jul. 2023.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017. (E-book).

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v.1. p. 318.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.