



ALLISSON LIMA PIRES

**A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL: NOVOS DESAFIOS AO
PROCESSO PENAL**

**GOVERNADOR VALADARES
2022**

ALLISSON LIMA PIRES

**A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL: NOVOS DESAFIOS AO
PROCESSO PENAL**

Trabalho apresentado para graduação no curso
de Direito da Universidade Federal de Juiz de
Fora – Campus Governador Valadares.

Orientador: Prof. Renato Santos Gonçalves

GOVERNADOR VALADARES
2022

ALLISSON LIMA PIRES

A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL: NOVOS DESAFIOS AO
PROCESSO PENAL

Trabalho apresentado para graduação no curso
de Direito da Universidade Federal de Juiz de
Fora – Campus Governador Valadares.

Orientador: Prof. Renato Santos Gonçalves

Aprovado em ____ de _____ de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Renato Santos Gonçalves

Bráulio de Magalhaes Santos

Pedro Provete Matias

RESUMO

Em um mundo cada vez mais digital, onde a legislação se mostra incapaz de acompanhar as constantes inovações tecnológicas, este artigo busca entender o conceito de prova digital e as características que a compõe, demonstrando a preocupação sobre os procedimentos especiais que devem ser adotados em sua cadeia de custódia. Pretende-se avaliar a produção normativa e infralegal brasileira, bem como a produção acadêmica que orienta o tema, para destacar a importância da aplicação de tais procedimentos. Será analisada também neste trabalho a jurisprudência dos tribunais superiores que nos permitirá concluir que além da lacuna legislativa e uma doutrina que não é pacífica, existem decisões das mais altas cortes que atribuem responsabilidade probatória ao acusado que não condiz com um Processo Penal constitucionalmente entendido. Ao final, serão elencadas algumas técnicas a serem utilizadas a fim de garantir a fidedignidade da prova.

Palavras-Chave: prova digital; cadeia de custódia; integridade; autenticidade; processo penal; garantismo penal; processo penal constitucional; técnicas; perícia; lei 13.964/19

ABSTRACT

In an increasingly digital world, where legislation is unable to keep up with constant technological innovations, this article seeks to understand the concept of digital evidence and the characteristics that compose it, demonstrating the concern about the special procedures that must be adopted in its chain of custody. It is intended to evaluate the Brazilian normative production, as well as the academic production that guide the theme, to highlight the importance of such procedures. The jurisprudence of the higher courts will also be analyzed in this work, which will allow us to conclude that in addition to the legislative gap and a doctrine that is not peaceful, there are decisions of the highest courts that attribute probative responsibility to the accused that does not match a constitutionally understood Criminal Procedure. At the end, some techniques to be used in order to guarantee the reliability of the evidence will be listed.

Keywords: digital evidence; chain of custody; integrity; authenticity; criminal procedural; criminal guarantee; constitutional criminal procedure; techniques; expertise; law 13,964/19.

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO.....	7
2- CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A TEORIA GERAL DAS PROVAS.....	9
3- AS PROVAS DIGITAIS.....	11
3.1. Delimitando o objeto.....	11
3.2. Características.....	14
4- A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA.....	18
4.1. Conceitos e entendimentos doutrinários.....	18
5. A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL.....	22
6- CONCLUSÃO.....	34
7- BIBLIOGRAFIA.....	36

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal reúne em seu corpo os procedimentos que devem ser seguidos com a finalidade de manter a ordem social, interferindo na vida dos cidadãos quando diante de lesões ou ameaças à bens jurídicos específicos. As suas regras devem, portanto, serem rígidas, afinal, é apenas com a estrita observância do processo, que se pode tolerar a interferência do Estado em um dos bens jurídicos mais valiosos ao ser humano: a sua liberdade. Não por outra razão, o princípio da legalidade e do *in dubio pro reo* se consolidam como pilares do direito penal moderno, uma vez que erros não podem ser aqui tolerados, por serem excessivamente caros a quem prejudicam. A forma é garantia.

Na tentativa de mitigar erros, o Código de Processo Penal prevê uma série de procedimentos para garantir a autenticidade e confiabilidade na tutela das provas coletadas. Esse conjunto de procedimentos de registro, que se inicia no momento da coleta da prova, e a acompanha até a sua apresentação em juízo, lhe consolidando enquanto prova judicial, é chamado de cadeia de custódia da prova¹.

A cadeia de custódia da prova se erige no processo penal como um direito do cidadão, além de um dever do Estado, na medida em que garante que a prova não venha a sofrer qualquer adulteração durante o seu recebimento, coleta, transporte, acondicionamento, processamento ou armazenamento, portanto mantendo sua integridade. O instituto passou a compor o Código de Processo Penal a partir das alterações promovidas pela Lei 13.964/19, que disciplinou a partir dos artigos 158-A a 158-F toda a cadeia de procedimentos que devem ser observadas durante a custódia da prova.

Contudo, com avanços tecnológicos, surgem também novas dúvidas acerca da garantia de legitimidade e da preservação da cadeia de custódia também para as provas produzidas ou armazenadas por meios digitais. Essas provas possuem peculiaridades e características e lhes são próprias, impondo ao agente estatal cuidados especiais para a conservação de sua fidedignidade. Afinal, há diferenças de procedimentos quando diante de provas digitais? Quais têm sido os meios técnicos utilizados para certificar que a idoneidade destas provas?

¹ BADARÓ, Gustavo. A Cadeia de Custódia e sua Relevância para a Prova Penal. **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal** – SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra. [Orgs] - Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2017, p. 524.

Essas são algumas das perguntas que pretende-se responder por meio deste trabalho, a partir da análise da produção acadêmica nacional e internacional sobre o assunto. Para tanto, primeiro será iniciada uma breve discussão sobre o conceito de prova digital, a fim de entender o que pode ser considerado como tal e como essa categoria se distingue das demais. Posteriormente, se destrará o instituto da cadeia de custódia, buscando elucidar o seu conceito, seus fundamentos, bem como a sua importância no processo penal. Por fim, voltar-se-á para as técnicas periciais que buscam atestar a fidedignidade das provas em estudo, bem como para a análise jurisprudencial que abrange o assunto.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A TEORIA GERAL DAS PROVAS

A atividade jurisdicional penal é baseada na atividade cognitiva exercida pelo juiz, durante a reconstrução do fato histórico que se busca julgar. Assim, as provas se consolidam enquanto “meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime)”². Nesse sentido, é a atividade probatória que irá formar o convencimento externado pelo juiz em sua sentença, na medida em que são elas que permitem a maior aproximação da realidade histórica e que fundamentam a verdade processual.

A prova assume papel fundamental ao processo na medida em que, diferentemente da estrutura inquisitória, em que se requeria “unicamente um juízo, qualquer que seja, como condição necessária da pena”³, a estrutura acusatória adotada pelo CPP requer também que esse juízo “se desenvolva com as garantias processuais em matéria de prova e defesa, que permitam sua verificação ou falsificação”⁴ na medida em que a verdade perseguida por tal estrutura “é adquirida, como qualquer pesquisa empírica, através do procedimento por prova e erro.”⁵

Vale ressaltar também, que a prova somente pode ser assim entendida quando produzida em respeito às garantias fundamentais, tais como o contraditório e a ampla defesa e por essa razão que não se pode admitir como prova e, logo, como elemento apto a fundamentar a sentença, aqueles aos quais não foram dadas as partes a oportunidade de contestar. Tampouco pode-se atribuir validade à prova adquirida por meios ilícitos, afinal, o respeito às regras do jogo é garantia fundamental do acusado destinada a proibir o abuso e permitir a paridade entre as partes⁶.

Ademais, o processo penal brasileiro adota o sistema do livre convencimento motivado, no qual o juiz tem a liberdade para deixar-se persuadir por uma ou outra prova, a fim de formar o seu convencimento, desde que declare também a fundamentação argumentativa de sua escolha. O que se espera, contudo, é que a prova escolhida pelo magistrado para fundamentar sua decisão seja capaz de superar o chamado *standard* probatório, definido como “os critérios para aferir a

² LOPES JR., Aury, **Direito processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p.556.

³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais**. 2002. Disponível em: <<https://deusgarcia.files.wordpress.com/2017/03/luigi-ferrajoli-direito-e-razao-teoria-do-garantismo-penal.pdf>>. Último acesso: 04/02/2022, p. 484

⁴ *Idem*, p. 484.

⁵ *Idem*, p. 488.

⁶ *Idem*, p. 124.

suficiência probatória”, que no processo penal pode-se traduzir enquanto a “prova além da dúvida razoável”⁷.

É por essa razão que a garantia da fidedignidade da prova está diretamente relacionada ao grau de confiança de uma decisão judicial. Apesar de parecer óbvia a afirmação, o Código de Processo Penal somente passou a disciplinar a cadeia de custódia da prova a partir das mudanças introduzidas pela Lei nº 13.964/19. Há de se pontuar que, apesar de ser uma alteração legislativa recente, assim como nas demais searas do direito, os avanços tecnológicos nos levam a rediscutir a normativa processual penal, afinal os meios de prova tradicionais, são cada vez mais aglutinados pela informatização, transformando-se em arquivos que se anexam ao processo enquanto provas digitais.

⁷ LOPES JR., Aury, **Direito processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 574.

3. AS PROVAS DIGITAIS

O desenvolvimento tecnológico e informático tem afetado as mais diversas áreas jurídicas, exigindo tanto do legislador, quanto dos juristas e dos agentes estatais, uma rápida adaptação a fim de acompanhar tais mudanças. Nesse contexto, é evidente que o surgimento cotidiano de novas tecnologias tem constituído desafios aos aplicadores do direito, bem como ao consenso doutrinário acerca do conceito e das principais características dessa espécie probatória.

Conforme ficará demonstrado, as provas dessa natureza, apesar de se diferenciarem em sua imensa pluralidade, possuem algumas características que lhe são próprias e, portanto, necessitam de “procedimentos específicos ao manusear” com o objetivo de “garantir a confiabilidade do dado recolhido⁸”. A implicação prática desse fato consiste sobretudo na existência de peculiaridades da prova no que tange à sua cadeia de custódia, a fim de garantir a sua fiabilidade.

Também vale ressaltar que, as provas digitais podem também ser dotadas de dados sensíveis, pertinentes à esfera privada de um indivíduo, motivo que justifica um cuidado ainda maior ao seu tratamento, adotando medidas “adicionais de preservação da cadeia de custódia da prova digital que a diferenciam em grau de complexidade e relevância normativa da tutela da cadeia de custódia ordinária.”⁹

Não se pretende esgotar o assunto acerca da conceituação e natureza jurídica das provas digitais, tampouco debater temas adjacentes à seara digital, tais como noções de informática e computadores, processamento de dados, dentre outros assuntos. O propósito assumido nesse tópico é o de delimitar uma zona de convergência sobre os conceitos de prova digital trazidos pela doutrina, estabelecendo um consenso sobre seu significado, ainda que mínimo.

3.1. Delimitando o objeto

Cumprido destacar, inicialmente, que a utilização do vocábulo prova, na seara penal, é comumente utilizada, segundo Denise Provasi Vaz, para “designar diferentes aspectos do

⁸ ALMAS, Amanda Costa das. **A Aplicabilidade da Cadeia de Custódia em Dados Digitais Utilizados como Prova no Processo Penal Brasileiro**. Laboratório de Ciências Criminais de Porto Alegre/RS – IBCCRIM. 2021. Disponível em <<https://www.ibccrim.org.br/media/documentos/doc-07-10-2021-11-44-50-262499.pdf>> Último acesso: 04/02/2022, p. 9

⁹ PRADO, Geraldo. **Breves Notas Sobre O Fundamento Constitucional Da Cadeia De Custódia Da Prova Digital**. 2021. Disponível em: <<https://geraldoprado.com.br/artigos/breves-notas-sobre-o-fundamento-constitucional-da-cadeia-de-custodia-da-prova-digital/>>.

fenômeno probatório: fonte de prova, meio de prova, elemento de prova, resultado probatório e procedimento probatório”¹⁰.

A autora destaca que as fontes de prova são os objetos ou seres anteriores e exteriores ao processo, através dos quais se pode obter elementos de prova que servirão para atestar a veracidade de um fato alegado. Podem ser pessoais, quando há intermediação humana ou reais, quando não passam por este processo¹¹. Os meios de prova, por sua vez, podem se conceituados como o meio através do qual são apresentados ao juiz a reconstrução histórica do crime, tais como a prova testemunhal e a perícia. Apesar de por vezes serem utilizados como sinônimos, o termo se distingue dos meios de obtenção de prova, também chamados de meios de investigação, que são os instrumentos pelos quais se chega à prova, tais como as buscas e apreensões e as interceptações telefônicas.¹²

Ainda segundo Vaz, os elementos probatórios constituem dados que tem o condão de confirmar ou negar asserções feitas na causa, auxiliando a decisão. Já enquanto resultado probatório, prova pode ser entendida como a conclusão que se obtém, quando terminada a análise, e consiste em um valor de juízo: está provado ou não está. Por fim, a prova entendida como objeto da prova consiste na apuração da veracidade ou falsidade das “afirmações que se fazem sobre um fato eventualmente típico”¹³.

Em um contexto onde o vocábulo prova pode assumir tantos significados, e que o adjetivo “digital” também pode caracterizar todos esses conceitos, importa definir precisamente o que é a chamada prova digital, a fim de delimitar os contornos da discussão proposta. Assim, alguns conceitos serão elencados na tentativa de identificar, ainda que de forma mínima, as características comuns que compõem, na doutrina, esse elemento.

Segundo Eoghan Casey, prova digital “é definida como qualquer dado armazenado ou transmitido usando o computador, que fundamenta ou refuta a teoria de como a ofensa ocorreu ou

¹⁰ VAZ, Denise Provasi. **Provas Digitais no Processo Penal: Formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório**. 168 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP. São Paulo. 2012. Disponível em <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-28052013-153123/publico/Denise_Provasi_Vaz_tese_integral.pdf>. Último acesso: 04/02/2022, p. 43.

¹¹ *Idem*, p. 44

¹² LOPES JR., Aury, **Direito processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 586

¹³ VAZ, Denise Provasi. **Provas Digitais no Processo Penal: Formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório**. 168 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP. São Paulo. 2012, p. 48.

que identifica elementos decisivos da ofensa como a intenção ou álibi”¹⁴. Na definição do autor, o termo “dado” faz referência a qualquer combinação de números que represente uma informação, incluindo textos, imagens, áudio e vídeos. Já o termo “computador” engloba os sistemas de computador aberto, os de comunicação e os de computador embutido, que representam, respectivamente: os computadores propriamente ditos (notebooks e desktops); os sistemas pelos quais a informação é transmitida (linhas telefônicas, internet, wireless, networks); e os objetos com sistema de computação embutidos (dispositivos móveis, cartões inteligentes).

Outro conceito é apresentado por Silva Rodrigues, citado por Alberto Cancela¹⁵, que define essa espécie de prova como “qualquer tipo de informação, com valor probatório, armazenada em repositório eletrônico-digitaes de armazenamento, ou transmitida em sistemas e redes informáticas ou redes de comunicações eletrônicas, privadas ou publicamente acessíveis, sob a forma binária ou digital”. Já para Armando Dias Ramos, também citado por Cancela¹⁶, a prova digital é classificada como “informação passível de ser extraída de um dispositivo eletrônico (local, virtual ou remoto) ou de uma rede de comunicações. Pelo que esta prova digital, para além de ser admissível, deve ser também autêntica, precisa e concreta”.

Denise Provasi Vaz, por sua vez, a define como “os dados em formato digital (no sistema binário) constantes em um suporte eletrônico ou transmitido em uma rede de comunicação, os quais contêm a representação de fatos ou ideias”¹⁷. Excluem-se desse conceito os meios de prova digital produzidos para serem apresentados ao juiz, como reconstituições feitas em programas

¹⁴ CASEY, Eoghan. **Digital evidence and computer crime: forensic science, computers, and the internet** / by Eoghan Casey; with contributions from Susan W. Brenner ... [et al.] - 3rd ed. Massachusetts/California/London. Elsevier. 2011. Tradução livre de Tradução livre para: “*digital evidence is defined as any data stored or transmitted using a computer that support or refute a theory of how an offense occurred or that address critical elements of the offense such as intent or alibi*”. Disponível em: <<http://index-of.es/Varios-2/Digital%20Evidence%20and%20Computer%20Crime.pdf>>. Último acesso: 04/02/2022, p. 7.

¹⁵ Nas palavras de Rodrigues: “qualquer tipo de informação, com valor probatório, armazenada em repositório eletrônico-digitaes de armazenamento, ou transmitida em sistemas e redes informáticas ou redes de comunicações eletrônicas, privadas ou publicamente acessíveis, sob a forma binária ou digital” apud CANCELA, Alberto. **A Prova Digital: Os Meios de Obtenção de Prova na Lei do Cibercrime**. 78. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, FDUC, Coimbra. 2016, p.20.

¹⁶ Segundo Ramos: “informação passível de ser extraída de um dispositivo eletrônico (local, virtual ou remoto) ou de uma rede de comunicações. Pelo que esta prova digital, para além de ser admissível, deve ser também autêntica, precisa e concreta” apud CANCELA, op. cit. 2016, p.20

¹⁷ VAZ, Denise Provasi. **Provas Digitais no Processo Penal: Formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório**. 168 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP. São Paulo. 2012, p. 63.

informáticos, bem como as informações apenas registradas em meios digitais, que possam ser obtidas de terceiros ou de entidades públicas mediante requisição¹⁸.

Conseguimos, através desses conceitos, traçar pontos fundamentais para a caracterização de uma prova enquanto digital, quais sejam: (1) a presença de uma informação útil ao processo, (2) oriunda da tradução de uma combinação numérica (binária), cujo (3) o armazenamento ou a transmissão se dá por meios digitais. Também é possível observar que o termo “prova digital”, nos significados apresentados, é utilizado para se referir à fonte de prova, ou seja, aquela a partir da qual se pode extrair informações relevantes à persecução penal¹⁹.

Ademais, as provas digitais possuem características apontadas pela doutrina que lhe são próprias, das quais decorrem implicações a serem seguidas na sua coleta e armazenamento as quais se passará a analisar.

3.2. Características

Antes de analisarmos a cadeia de custódia das provas digitais, é preciso compreender algumas características que fazem parte de sua natureza, na medida em que esses elementos se apresentam enquanto fatores determinantes para sua coleta, armazenamento, transporte e manuseio. Os principais atributos relacionados à essa espécie probatória na doutrina são: a imaterialidade, a volatilidade e fragilidade, bem como a suscetibilidade de clonagem. Outras características, tais como a dispersão, a complexidade, a mutabilidade e a efemeridade, desconsideradas por Vaz²⁰ na medida em que não são características comuns a todas as provas digitais.

A imaterialidade é a característica que a diferencia das demais fontes de prova: a prova digital não possui um corpo físico, uma vez que, conceitualmente, “se trata de um impulso elétrico que responde a uma sequência numérica predeterminada” que, quando processada por um suporte informático capaz de processar esses dados, se “origina uma informação inteligível”²¹. Isso quer

¹⁸ *Idem*, p. 64.

¹⁹ VAZ, Denise Provasi. **Provas Digitais no Processo Penal: Formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório**. 168 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP. São Paulo. 2012, p. 6.

²⁰ *Idem*, p. 67.

²¹ DANIELE, Marcelo. **La prova digitale nel processo penale**. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXVI (Seconda Serie), n. 2, Marzo-Aprile 2011. Tradução livre para: “*si tratta di impulsi elettrici che rispondono ad una sequenza numerica prestabilita e che [...] originano informazioni intellegibili.*”, p. 284.

dizer que a sua existência independe de um suporte físico, na mesma medida em que só poderá ser percebido através deste. Nesse sentido, entendo que essa característica acaba por abarcar a necessidade de intermediação mencionada por Vaz²², na medida em que a imaterialidade impede a compreensão do dado digital, sem um suporte físico capaz de lhe traduzir.

Cabe, aqui, diferenciar prova digital de prova eletrônica. Isso porque as provas eletrônicas existem de fato no mundo real e, em geral estão relacionadas aos suportes físicos que armazenam os arquivos digitais²³, tais como telefones celulares e *notebooks*. Não se considera prova digital também aquelas que, apesar de possuírem suporte físico, podem ser transferidas através de meios eletrônicos ou convertidas ao formato digital, como um arquivo digitalizado, por exemplo. Assim, a prova digital é aquela dotada de imaterialidade e, portanto, intangibilidade, o que permite sua transferência entre dispositivos, seu armazenamento de grande escalada e a sua capacidade de estar presente ou ser acessada em diferentes suportes simultaneamente.

Outra característica da prova digital é a sua volatilidade, na medida em que essa espécie probatória pode perecer. Esse caráter inconstante, está diretamente relacionado com a capacidade de desaparecimento do dado digital, que pode se perder por diversos motivos, tais como o armazenamento em locais de temperatura elevada, o corrompimento do arquivo, a transferência a suportes físicos inadequados, entre outros²⁴. Associada à volatilidade, está a fragilidade, uma vez que o manuseio pode facilmente danificá-la ou alterá-la. Assim, são necessários precauções especiais durante sua apreensão e transporte, impondo ao investigador a necessidade de redobrar os cuidados, uma vez que “são altos os riscos de a evidência digital ser falsificada ou manipulada, voluntariamente ou devido ao uso de técnicas erradas”²⁵.

Por fim, temos a capacidade de o dado digital ser passível de clonagem, criando-se arquivos idênticos ao original. Esse procedimento se dá pela reprodução de todos os *bits* componentes do dado que se pretende copiar, de forma que possam ser transferidos a outro dispositivo sem prejuízo

²² VAZ, Denise Provasi. **Provas Digitais no Processo Penal: Formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório**. 168 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP. São Paulo. 2012, p. 67.

²³ VAZ, Denise Provasi. **Provas Digitais no Processo Penal: Formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório**. 168 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP. São Paulo. 2012, p. 65.

²⁴ ALMAS, Amanda Costa das. **A Aplicabilidade da Cadeia de Custódia em Dados Digitais Utilizados como Prova no Processo Penal Brasileiro**. Laboratório de Ciências Criminais de Porto Alegre/RS – IBCCRIM. 2021, p. 8.

²⁵ DANIELE, Marcelo. **La prova digitale nel processo penale**. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXVI (Seconda Serie), n. 2, Marzo-Aprile 2011, p. 292. Tradução livre.

de sua integralidade. Essa característica tem especial importância, na medida em que as cópias forenses podem ser utilizadas como parâmetro de controle da cadeia de custódia, a fim de verificar se os dados contidos na evidência levada ao magistrado são exatamente iguais aos dados originais.

Outro fato importante acerca das evidências digitais, é que estas podem apresentar uma outra característica nociva a direitos fundamentais: a promiscuidade. Isso quer dizer que a prova coletada pode colocar em um espaço virtual uma enorme quantidade de informações de todo o tipo. Sendo assim, não é raro que existam também informações irrelevantes a respeito do fato delituoso, que digam respeito exclusivamente à vida privada do acusado ou de outra pessoa²⁶. É notório que em casos como este, a escolha sobre levar ou não à público determinado fato sobre essa esfera da vida está diretamente relacionada ao exercício dos direitos da personalidade, mais especificamente o direito à privacidade e à segurança cibernética.

Assim, ainda que os dispositivos digitais possam conter informações interessantes para a investigação, não se pode olvidar que estes detêm a capacidade de comportar também informações atinentes à esfera privada constitucionalmente protegida, o que “impõe providências adicionais de preservação da cadeia de custódia da prova digital, que a diferenciam em grau de complexidade e relevância normativa da tutela da cadeia de custódia ordinária”²⁷. Entre algumas dessas precauções, podemos elencar o afastamento da tarefa de coleta e seleção de dados de entes privados, bem como a tutela do sigilo pelo órgão ou agente estatal responsável.

Pontua-se, ainda, que os dados digitais obtidos através de uma busca e apreensão, por exemplo, podem ser considerados ainda mais sensíveis que aqueles coletados através de uma interceptação telefônica. Isso porque enquanto esse último método consiste em captar dados que o acusado decidiu revelar a terceiros, aquele pode adentrar na verdadeira intimidade do réu, revelando informações não levadas a público, como hábitos, opiniões políticas e preferências de todos os tipos²⁸.

Portanto, podemos concluir que a existência de uma cadeia de custódia eficaz, quando o tema é provas digitais, não só tem o condão de garantir a integridade e a autenticidade da

²⁶ DANIELE, Marcelo. **La prova digitale nel processo penale**. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXVI (Seconda Serie), n. 2, Marzo-Aprile 2011, p. 287-288.

²⁷ PRADO, Geraldo. **Breves Notas Sobre O Fundamento Constitucional Da Cadeia De Custódia Da Prova Digital**. 2021. Disponível em: <<https://geraldoprado.com.br/artigos/breves-notas-sobre-o-fundamento-constitucional-da-cadeia-de-custodia-da-prova-digital/>>, p. 11.

²⁸ DANIELE, Marcelo. **La prova digitale nel processo penale**. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXVI (Seconda Serie), n. 2, Marzo-Aprile 2011, p. 288.

informação obtida, como também de tutelar o direito fundamental à privacidade e aos direitos que o circundam o entorno digital²⁹, evitando a sua violação. Afinal, o respeito à direitos fundamentais é paradigma intransponível ao Estado Democrático de Direito, sobretudo no exercício de sua pretensão punitiva.

Ademais, pode-se verificar no texto dos artigos que inseriram a cadeia de custódia na legislação processual penal, que as alterações promovidas preveem procedimentos destinados a garantir a fidedignidade das provas coletadas. Contudo, em uma análise detida ao seu conteúdo, podemos perceber que o legislador se preocupou apenas em estabelecer métodos aplicáveis às provas materiais, o que naturalmente deixa uma lacuna quanto àqueles que devem ser seguidos quando diante de provas digitais. Por ser determinantes de sua natureza, espera-se que os atributos acima elencados sejam levados em consideração na sistematização dos procedimentos próprios à cadeia de custódia dos dados digitais.

²⁹ PRADO, Geraldo. **Breves Notas Sobre O Fundamento Constitucional Da Cadeia De Custódia Da Prova Digital**. 2021, p. 10.

4. A CADEIA DE CUSTÓDIA NO PROCESSO PENAL

Conforme retratado alhures, a condenação judicial, por se tratar de grave interferência do Estado na esfera privada do indivíduo, restringindo-lhe o direito fundamental à liberdade, deve estar pautada em decisões fundamentadas. Tal fundamentação está centrada nas provas que levaram o magistrado, durante a reconstrução processual do evento delitivo, a superar a dúvida razoável, colocando em xeque a presunção de inocência. Portanto, observa-se a necessidade de um robusto o *standard* probatório em casos de condenação, pautado em critérios racionais de valoração e protocolos de produção de prova, como medidas de redução do risco de se punir pessoas inocentes.³⁰

Sendo a prova o cerne do processo penal, através da qual se buscará convencer o juiz imparcial, confirmando ou contradizendo o exposto na inicial acusatória, bem como por meio da qual se exercerá o contraditório e a ampla defesa em sua plenitude, é imprescindível que tal elemento seja revestido de fiabilidade.³¹ Dessa maneira, o método aplicado ao processo penal, através do qual é possível assegurar a autenticidade da prova, bem como sua integridade, é denominado cadeia de custódia.³²

4.1. Conceitos e entendimentos doutrinários

Aury Lopes Jr destaca que o instituto se trata de uma exigência em estabelecer “um procedimento regrado e formalizado, documentando toda a cronologia existencial daquela prova, para permitir a posterior validação em juízo e exercício do controle epistêmico”³³. Já na definição dada pela legislação processual penal, a cadeia de custódia pode ser entendida enquanto “o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do

³⁰ MATIDA, Janaina. A Cadeia de Custódia é Condição Necessária para a Redução dos Riscos de Condenações de Inocentes. **Boletim IBCCRIM** - ano 28 - n.º 331 - jun/2020. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/441>> Último acesso: 04/02/2022, p.7

³¹ ALMAS, Amanda Costa das. **A Aplicabilidade da Cadeia de Custódia em Dados Digitais Utilizados como Prova no Processo Penal Brasileiro**. Laboratório de Ciências Criminais de Porto Alegre/RS – IBCCRIM. 2021, p. 12.

³² PRADO, Geraldo. **Breves Notas Sobre O Fundamento Constitucional Da Cadeia De Custódia Da Prova Digital**. 2021, p. 1.

³³ LOPES JR., Aury, **Direito processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 658.

vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”³⁴.

Nesse sentido, os procedimentos que constituem a cadeia de custódia foram inseridos no Código de Processo Penal através das alterações promovidas pela Lei nº 13.964/19, que passou a discipliná-los em seus artigos 158-A até 158-F. Assim, a legislação impõe ao agente público cuidados especiais que devem ser adotados em todas as etapas de rastreamento da prova colhida, de forma a preservar tanto a sua integridade, quanto a sua autenticidade. O objetivo é assegurar que o elemento levado ao magistrado seja o mesmo encontrado na cena do crime e que não tenha sofrido adulteração³⁵.

No âmbito infralegal, o Ministério da Justiça estabeleceu, mediante a Portaria de nº 82 de 2014, expedida pela Secretária Nacional de Segurança Pública (SENASP), diretrizes acerca dos procedimentos a serem adotados na cadeia de custódia. O documento, além de buscar certa uniformidade na aplicação do instituto, destacou a sua importância enquanto “fundamental para garantir a idoneidade e a rastreabilidade dos vestígios, com vistas a preservar a confiabilidade e a transparência da produção da prova pericial”³⁶.

Para que a cadeia de custódia do vestígio cumpra a sua finalidade, é preciso que sejam feitas documentações ininterruptas, “desde o encontro da fonte de prova real, até a sua juntada no processo, certificando onde, como e sob a custódia de pessoas e órgãos foram mantidos”, devendo ser completas a ponto de “suportar contestações legais”, incluindo-se, portanto, “as circunstâncias sob as quais o vestígio foi coletado, a identidade dos manipuladores, a duração da custódia, a segurança da armazenagem, e como o vestígio foi transferido aos curadores subsequentes em cada elo da cadeia”³⁷.

³⁴ BRASIL. **Lei nº 13.964, 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 dez. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Último acesso: 03/09/2021.

³⁵ MATIDA, Janaina. A Cadeia de Custódia é Condição Necessária para a Redução dos Riscos de Condenações de Inocentes. **Boletim IBCCRIM** - ano 28 - n.º 331 – jun/2020, p. 7.

³⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. **Portaria n. 82, de 16 de julho de 2014**. Estabelece as diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<https://diariofiscal.com.br/ZpNbw3dk20XgIKXVGacL5NS8haIoH5PqbJKZaawfaDwCm/legislacaofederal/portaria/2014/senasp82.htm>> Último acesso: 04/02/2022.

³⁷ BADARÓ, Gustavo. A Cadeia de Custódia e sua Relevância para a Prova Penal. **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal** – SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra. [Orgs] - Belo Horizonte: Editora D’Plácido. 2017, p. 523.

Cumpra esclarecer que não há previsão legal sobre as consequências na quebra da cadeia de custódia da prova. Segundo Badaró³⁸, em caso de violação, duas soluções seriam possíveis: a inadmissibilidade de tal prova no processo, impondo sua nulidade e seu consequente desentranhamento do processo; ou a admissão da prova, porém com menor valor probatório tendo em vista a ausência de garantia de sua fidedignidade. Assim, a discussão se dá em torno da fase em que se realizará o exame da cadeia de custódia: na fase de admissão ou na fase de valoração. Ao posicionar-se nessa discussão, o referido autor defende que “as irregularidades da cadeia de custódia não são aptas a causar a ilicitude da prova, devendo o problema ser resolvido, com redobrado cuidado e muito maior esforço justificativo, no momento da valoração”³⁹.

Contudo, é preciso perceber que atribuir valor probatório à uma prova que teve sua cadeia de custódia violada “tem o lesivo potencial de dar suporte a uma hipótese fática possivelmente falsa, conferindo-lhe injustificados contornos persuasivos”, colaborando para a construção de uma “narrativa a uma primeira vista coerente, porém falsa”⁴⁰. Também nesse sentido, Geraldo Prado entende que o exame da cadeia de custódia integra o juízo de admissibilidade a ser realizado pelo magistrado⁴¹. Isso porque, de acordo com o autor, “quando verificada a quebra da cadeia de custódia, o que há é a impossibilidade do exercício efetivo do contraditório pela parte que não tem acesso à prova íntegra”⁴².

Em que pese a adoção de um ou outro entendimento, a ruptura da cadeia de custódia possui prejuízos inafastáveis à confiabilidade da prova anexada ao processo. Ocorre que, sobretudo no que tange à algumas espécies de provas digitais, sua admissibilidade pode se tornar demasiadamente prejudicial ao processo dada sua característica de serem facilmente manipuladas e voláteis. Não se pode olvidar que algumas dessas provas muitas vezes são consideradas “incontestáveis”, por se tratarem de provas que se localizam em uma zona de excessiva confiança, o que podemos associar ao conceito criado por Rui Cunha Martins de “o ponto cego do direito”⁴³, o que prejudicaria, sobretudo, o contraditório e a ampla defesa.

³⁸ *Idem*, p. 524-525.

³⁹ *Idem*, p. 535.

⁴⁰ MATIDA, Janaina. A Cadeia de Custódia é Condição Necessária para a Redução dos Riscos de Condenações de Inocentes. **Boletim IBCCRIM** - ano 28 - n.º 331 – jun/2020, p. 7.

⁴¹ PRADO, Geraldo. **Breves Notas Sobre O Fundamento Constitucional Da Cadeia De Custódia Da Prova Digital**. 2021. Disponível em: <<https://geraldoprado.com.br/artigos/breves-notas-sobre-o-fundamento-constitucional-da-cadeia-de-custodia-da-prova-digital/>>.

⁴² PRADO, Geraldo. **A Cadeia de Custódia da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 128.

⁴³ CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito: The Brazilian lessons**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Pode-se tomar como exemplo vídeos ou áudios transmitidos ou armazenados em meios eletrônicos sobre os quais não foram observados nenhum procedimento de documentação sobre sua integridade/autenticidade. É plenamente possível que esse arquivo digital, altamente persuasivo, tenha sido adulterado, editado ou cortado, com o objetivo de falsear a verdade dos fatos. Assim, admitir a valoração desse elemento enquanto prova, ainda que em caráter mitigado, pode representar a legitimação de uma narrativa fraudulenta.

Nesse sentido, é fundamental que existam atos legalmente previstos para tutelar a ação estatal de recolhimento da prova digital, o que exige principalmente a atuação do poder legislativo, a fim de regulamentar o assunto. Afinal, este é “um perigo que o legislador não pode se dar ao luxo de ignorar, sob pena de nulidade da pretensão punitiva, ou perda de provas de defesa, talvez decisivas para o destino do acusado”⁴⁴.

⁴⁴ DANIELE, Marcelo. **La prova digitale nel processo penale**. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXVI (Seconda Serie), n. 2, Marzo-Aprile 2011, p. 293. Tradução livre para: “*un pericolo che il legislatore non puo` permettersi di ignorare, a pena della vanificazione della pretesa punitiva, oppure della perdita di prove a difesa magari decisive per la sorte dell'imputato*”.

5. A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL

Convém destacar que em 2013 fora incorporada pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, a norma da *International Organization for Standardization* (ISO) de nº 27037 (ABNT NBR ISO/IEC 27037/2013), que tem por finalidade a padronização no tratamento das evidências digitais. Essa diretriz, contudo, não possui força normativa, servindo apenas como parâmetro técnico para auxiliar o profissional responsável pela identificação, coleta, aquisição e preservação da potencial evidência, sendo direcionada aos agentes que primeiro terão contato com a evidência digital e aos especialistas que irão realizar a sua análise⁴⁵. Segundo a normativa, “devido à fragilidade da evidência digital, é necessário levar a cabo uma metodologia aceitável para garantir a [sua] integridade e autenticidade”⁴⁶. Contudo, a normativa não possui caráter legal, se apresentando apenas enquanto uma orientação ao profissional, desprovida de força cogente.

Ademais, tramita no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 4.291/20⁴⁷, que busca normatizar alguns aspectos da cadeia de custódia da prova digital. Contudo, a normativa proposta pela deputada federal Margarete Coelho (PP-PI) ainda é precária uma vez que, apesar de estabelecer alguns princípios e reconhecer atributos da prova digital, não dispõe efetivamente sobre procedimentos que venham garantir a fiabilidade também da prova digital. Essa ausência, acaba por não encerrar a insegurança jurídica promovida pela inexistência de procedimentos específicos a serem adotados na cadeia de custódia das evidências digitais, que leve em conta suas características.

A preocupação especial com a cadeia de custódia das provas digitais deriva do fato de possuir características próprias, tais como a volatilidade e a fragilidade, o que impõe ao agente estatal cuidados especiais durante a identificação, coleta, aquisição e preservação da mesma. A despeito da deficiência normativa, alguns procedimentos são adotados pela perícia forense, bem como previstos na ISO 27037/2013 na tentativa de manter a idoneidade da prova. Ressalta-se que

⁴⁵ ISO 27037, **Guidelines for identification, collection, acquisition and preservation of digital evidence**, Disponível em: <<https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-iec:27037:ed-1:v1:en>>, 2012. Último acesso: 04/02/2022.

⁴⁶ *Idem*. Tradução livre para: “*Due to the fragility of digital evidence, it is necessary to carry out an acceptable methodology to ensure the integrity and authenticity.*”

⁴⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.291**, de 20 de agosto de 2020. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) a fim de dispor sobre a custódia dos elementos digitais de prova. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1924108>. Último acesso: 06/02/2022.

essa orientação é referência mundial quando o assunto é a sistematização dos procedimentos acerca desse tema, sendo orientada por quatro princípios: da aplicação de métodos, do processo auditável; do processo repetível; e do processo defensável⁴⁸.

O princípio da aplicação de métodos implica na utilização do modo menos agressivo e intrusivo na etapa de coleta, de forma a conservar a identidade e originalidade. Quanto ao processo auditável, espera-se que todo o procedimento seja documentado e que tais registros permitam a posterior validação e verificação por outros profissionais. Já o princípio do processo repetível, por sua vez, determina que os “procedimentos utilizados devem ser repetíveis, verificáveis e discutíveis ao nível de compreensão pelos especialistas na matéria”⁴⁹, a fim de lhe dar credibilidade. Por fim, o processo defensável diz respeito à necessidade de registro também das ferramentas utilizadas bem como de sua adequação ao fim utilizado.

Alguns desses elementos estão reconhecidos na PL 4.291/20, que prevê a inserção dos arts. 158-G e 158-H ao Código de Processo Penal com a seguinte redação:

Art. 158-G. A cadeia de custódia dos elementos digitais, contidos em sistemas computacionais, deve ser garantida por meios tecnológicos adequados que permitam a produção de cópias dos dados originais preservando sua integridade e garantindo a impossibilidade de sua modificação, viabilizando, sempre que possível, a continuidade do uso dos sistemas e serviços informáticos por seus legítimos proprietários.

Art. 158-H. A cadeia de custódia dos elementos digitais deverá ser realizada por meio de protocolos que permitam aferição dos critérios de tratamento, preservando-se a integridade, a completude, a autenticidade, a auditabilidade e a reproduzibilidade dos métodos com que foram obtidos os dados garantindo a não alteração dos dados custodiados.

Contudo, como exposto anteriormente, a normativa não prevê a necessidade de observação rigorosa de qualquer etapa, deixando por conta do agente, portanto, a determinação dos protocolos que permitam a aferição dos critérios de tratamento e a preservação das características da prova. Assim, recorreremos à produção acadêmica a fim de elencar algumas etapas retratadas por Pedro

⁴⁸ MARQUES, Pedro Penha Leitão da Costa. **Informática Forense: Recolha e preservação da prova digital**. 192 f. Dissertação (Mestrado em Segurança em Sistemas de Informação) – Faculdade de Engenharia da Universidade Católica Portuguesa, UCP. Lisboa. 2013, p. 19.

⁴⁹ *Idem*, p. 19.

Penha Marques, em sua dissertação sobre Segurança e Sistemas de Informação, especificamente acerca da informática forense na recolha e preservação da prova digital:

- Afastar todas as pessoas (especialmente o alvo) dos computadores, periféricos e datacenters;
- No caso de existir uma rede wireless que permite o acesso remoto aos sistemas, considerar a sua desativação prévia;
- Fotografar o ecrã do computador e considerar se se deve remover a energia de imediato ou não.
- Retirar a energia ao sistema.
- Desligar ou desconectar todas as ligações externas de dados, sejam o modem, o router ou o cabo de rede.
- Desligar todos os periféricos, incluindo a impressora.
- Remover disquetes, discos óticos e PENS, tratando-as como prova, etiquetando-as e tapando as respetivas entradas com fita de prova.
- Entrevistar de imediato o alvo em relação ao seu sistema, configurações particulares e palavras-chave de acesso.
- Elaborar uma reportagem fotográfica de todas as ligações do computador, incluindo vista panorâmica de todo o cenário.
- Fazer croquis e etiquetar todas as ligações do computador de forma a permitir a sua futura ligação de acordo com o seu estado inicial.
- Procurar na documentação próxima do sistema, toda a informação escrita relevante para a situação em concreto, sem esquecer palavras-chave utilizadas.
- Recolher também todos os livros, manuais, discos, software, hardware e demais informação relacionada com o sistema informático recolhido.
- Embalar e transportar cuidadosamente todo o material recolhido, evitando a proximidade a campos eletromagnéticos.
- Voltar a fotografar o cenário uma vez terminada a operação de forma a documentar como tudo foi deixado, evitando futuras alegações de equipamentos desaparecidos ou danificados.⁵⁰

⁵⁰ MARQUES, Pedro Penha Leitão da Costa. **Informática Forense: Recolha e preservação da prova digital**. 192 f. Dissertação (Mestrado em Segurança em Sistemas de Informação) – Faculdade de Engenharia da Universidade Católica Portuguesa, UCP. Lisboa. 2013, p. 33.

O referido autor retrata todos os cuidados e protocolos de segurança a serem seguidos durante a recolha da prova, que compreende a identificação das provas potenciais, o planeamento da abordagem, a abordagem propriamente dita, a entrevista do alvo e a recolha e acondicionamento da prova, pretendendo simular todas as etapas de uma situação real⁵¹. Adiciona-se que todas essas etapas devem ser devidamente documentadas, detalhada tanto quanto for possível, de maneira a não restar dúvidas sobre a integridade da evidência colhida.

Outro ponto importante a se destacar, é a necessidade de que os agentes criem pelo menos uma cópia de segurança sobre as informações inseridas no equipamento e a entreguem ao dono. Evidentemente que esse procedimento só será possível se o conteúdo não dizer respeito ao próprio crime, como em casos de pirataria ou pornografia infantil. Isso porque tal cópia servirá ao acusado quando do exercício de sua defesa, de forma que este possa contestar os dados informados ao juiz quando diante de uma adulteração.

A técnica de verificação das cópias utiliza-se de algoritmos de *hashing*, que consiste na representação dos dados obtidos por um único número, que é o resultado matemático da aplicação de um algoritmo aos mesmos⁵². O código *hash* utiliza-se de programas que copiam a informação *bit a bit*, componente que, nesse caso, funcionam como o DNA do arquivo digital, a fim de esclarecer se houve alguma adulteração na integridade da evidência.

No que tange à verificação da aplicação da cadeia de custódia das provas digitais no Brasil pelos Tribunais Superiores, podemos observar que a ausência de regras gera uma inversão do ônus da prova: assim, ao invés de estar a cabo do Ministério Público demonstrar, a partir da documentação das etapas que deveriam ser seguidas pelos agentes estatais nas investigações promovidas pelo estado, de forma a atestar a idoneidade da prova, esse encargo se reverte ao acusado.

Tal inversão subverte a ordem constitucional ao passo que, em que pese a gestão da prova estar nas mãos das partes, no Processo Penal paira sobre o acusado o estado de inocência, de modo que a ele não cabe fazer prova de algo que já está posto. Conforme ensina Aury, “o sistema probatório fundado a partir da presunção constitucional de inocência não admite nenhuma exceção

⁵¹ MARQUES, Pedro Penha Leitão da Costa. **Informática Forense: Recolha e preservação da prova digital**. 192 f. Dissertação (Mestrado em Segurança em Sistemas de Informação) – Faculdade de Engenharia da Universidade Católica Portuguesa, UCP. Lisboa. 2013, p.20.

⁵² *Idem*, p. 34.

procedimental, inversão de ônus probatório ou frágeis construções inquisitoriais do estilo *in dubio pro societate*⁵³.

Entretanto, quando alegada a quebra de cadeia de custódia, a jurisprudência dos Tribunais Superiores converge no sentido de incumbir ao acusado demonstrar a adulteração nas evidências digitais, conforme podemos verificar:

HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. NULIDADES E PEDIDOS NÃO APRECIADOS NO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE DETERMINOU A BUSCA E APREENSÃO. DEVASSAS NOS SMARTPHONES APREENDIDOS. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E NO APLICATIVO WHATSAPP. EXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PRÉVIA. AUSÊNCIA DE PROVA SOBRE A QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. CONDENAÇÃO QUE NÃO TEVE POR BASE NENHUMA PROVA ORIUNDA DA DEVASSA NOS APARELHOS APREENDIDOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AOS PACIENTES. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1.

Dentre as várias matérias apresentadas e os diversos pedidos, somente aqueles analisados pelo Tribunal estadual devem ser aferidos por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância. Então, devem ser analisadas as matérias relativas à interceptação dos dados nos aparelhos smartphones apreendidos, a prévia autorização judicial, o fundamento dessa autorização, e a alteração da prova produzida pela interceptação dos dados nos aparelhos apreendidos. 2. A decisão de busca e apreensão tem fundamento válido e apresentou justa causa, preenchendo os requisitos do art. 14 da Lei 9.296/96, pois nela consta que "a materialidade do delito restou demonstrada pela ocorrência policial de nº 22481/2018, relatório da autoridade policial com análise das imagens de videomonitoramento na data e local do fato em suas proximidades, além dos depoimentos colhidos", e "no caso dos autos os dados colhidos que a prova em questão não pode ser feita por outros meios disponíveis, posto que os elementos possíveis de serem colhidos já o foram, sendo que o presente expediente pressupõe a ocorrência do crime de homicídio punido com pena de reclusão" . 3. **Não**

⁵³ LOPES JR., Aury, **Direito processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1.559.

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. 4. Esta Corte Superior entende que "na pressuposição da ordem de apreensão de aparelho celular ou smartphone está o acesso aos dados que neles estejam armazenados, sob pena de a busca e apreensão resultar em medida írrita, dado que o aparelho desprovido de conteúdo simplesmente não ostenta virtualidade de ser utilizado como prova criminal" (RHC 75.800/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 26/09/2016). 5. Nos termos do art. 563 do CPP, a tese de nulidade de ato processual requer demonstração do efetivo prejuízo, segundo o princípio *pas de nullité sans grief*, não demonstrado na espécie, porque a condenação dos pacientes não teve por base nenhuma informação retirada dos aparelhos celulares dos acusados, mas sim decorreu da análise fundamentada das câmeras de vigilância, da identificação do veículo utilizado no assalto, da tatuagem visualizada na mão de um dos assaltantes, na apreensão de instrumentos do crime, na oitiva inicial de Johann e da testemunha Caroline, e na admissão, pelos investigados, de que todos estavam na cena do crime. 6. Habeas corpus denegado.⁵⁴

Outro julgado que contribui para o tratamento dos tribunais quanto à cadeia de custódia da prova digital, é o Habeas Corpus (HC) nº HC: 191639 RS 0103480-07.2020.1.00.0000 de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, onde se postulou o seguinte:

Conforme consta no acórdão do Tribunal estadual, "os policiais que extraíram e analisaram os dados telemáticos limitaram-se a uma análise preliminar do seu conteúdo, o qual, segundo as informações processuais atualizadas, teria sido recentemente analisado por perito oficial, tendo o laudo já aportado aos autos e sendo observado o direito ao contraditório e

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 574131/RS. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, data de julgamento: 25/08/2020, data de publicação: 04/09/2020.

à ampla defesa por meio de vista às partes". Não se verifica, portanto, 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 "**.

(...)

Conforme explanado pelo parquet, não se pode confundir a simples verificação do conteúdo dos celulares pela equipe de investigação com a realização de prova pericial, muito embora no caso concreto não consista em verdadeira perícia, pois fornecerá tão somente a extração de dados existentes no aparelho, por meio de software de computação.

(...)

Por fim, é de se frisar, a defesa não apontou de modo expresso qual parcela da prova entenda tenha restado prejudicada pela análise realizada pelos policiais, posto que - a princípio - preservada a integridade dos elementos de prova apreendidos e contidos nos aparelhos examinados.⁵⁵

Contudo, nesse julgado, o convencimento do juiz pela condenação estava fundado na análise das câmeras de vigilância, na identificação do veículo utilizado e na identificação do assaltante por sua tatuagem na mão esquerda. Dessa forma, encerrou-se a discussão acerca da quebra da cadeia de custódia da prova digital, na medida em que o tribunal entendeu que “a condenação dos pacientes não teve por base nenhuma informação retirada dos aparelhos celulares dos acusados”.

Nesse mesmo sentido está o Agravo Regimental no Habeas Corpus de nº 147.885, sob a relatoria do Ministro Olindo Menezes que, além de convergir no entendimento de que à defesa cabe a demonstração de prejuízo, destaca que “qualquer interferência durante o trâmite processual, esta pode implicar, mas não necessariamente, a sua imprestabilidade”. Tal raciocínio faz com que o instituto da Cadeia de Custódia seja mitigado a ponto de perder a efetividade, possibilitando aos juízes formarem o seu convencimento por meio de provas que não deveriam sequer terem sido admitidas.

⁵⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 191.639 RS 0103480-07.2020.1.00.0000. Relator: Min. Gilmar Mendes, data de julgamento: 23/09/2020, data de publicação: 25/09/2020.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUSÊNCIA DE INTEGRIDADE E INTEGRALIDADE. AUSÊNCIA DE CADEIA DE CUSTÓDIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. Na hipótese, o Tribunal apontou que o reconhecimento da nulidade na cadeia de custódia demandaria uma incursão aprofundada no exame da prova "na medida em que pressuporia a oitiva dos depoimentos judiciais prestados pelas testemunhas acima indicadas e seu cotejo com os demais elementos de prova, num juízo que claramente desborda do espectro do "habeas corpus".

2. Além disso, apontou que "tampouco há como se assentar, ao menos à luz dos documentos trazidos à impetração, que a defesa não tenha tido acesso à integralidade das provas produzidas, tal como fornecidas à polícia federal".

3. O instituto da quebra da cadeia de custódia refere-se à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, e uma vez ocorrida qualquer interferência durante o trâmite processual, esta pode implicar, mas não necessariamente, a sua imprestabilidade. Não é o que se tem no caso dos autos, em que não houve comprovação por parte da defesa de qualquer adulteração no iter probatório.

4. Agravo regimental improvido.⁵⁶

Já no Recurso Especial de nº 1.800.516/SP, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, houve o reconhecimento do prejuízo sofrido pela defesa, uma vez que não foi disponibilizada a integralidade dos áudios de uma interceptação telefônica sobre as quais se basearam a condenação, vez que foram juntados ao processo somente trechos que a acusação considerou mais importantes.

⁵⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 147.885/SP, relator Ministro Olindo Menezes, data de julgamento: 07/12/2021, data de publicação: 13/12/2021

RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ART. 14 DA LEI N.º 6.368/76). QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. TRANSCRIÇÃO INTEGRAL. DESNECESSÁRIA, DESDE QUE ASSEGURADO À DEFESA ACESSO À INTEGRALIDADE DOS DIÁLOGOS INTERCEPTADOS. PRECEDENTES. ACESSO DA DEFESA À ÍNTEGRA DA DECISÃO QUE AUTORIZOU A MEDIDA EXTREMA. IMPRESCINDÍVEL. OFENSA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. OCORRÊNCIA. PREJUÍZO. DIÁLOGOS CAPTADOS. UTILIZAÇÃO. FUNDAMENTO. CONDENAÇÃO. PROCESSO ANULADO. DEMAIS TESES RECURSAIS PREJUDICADAS. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está fixada no sentido de que, conquanto seja dispensável a transcrição integral dos diálogos interceptados, deve ser assegurado à Defesa o acesso à mídia que contém a gravação da integralidade daqueles.

2. O provimento judicial que autoriza a interceptação telefônica deve conter todos os requisitos legais necessários ao deferimento da medida extrema, especialmente no que diz respeito à justa causa para a providência e ao fato de ser imprescindível a quebra do sigilo por não existir outro meio apto à obtenção da prova almejada.

3. Na hipótese dos autos, a partir da leitura do que expressamente consta dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, deixou de ser franqueada à Defesa o acesso às mídias que registram o conteúdo total dos diálogos interceptados. Igualmente, não foi acostada aos autos a íntegra da decisão que autorizou a quebra do sigilo telefônico, impedindo que se pudesse, em tese, questionar a legalidade e adequação dos motivos que conduziram ao deferimento da medida extrema.

4. A juntada aos autos tão-somente da representação formulada pela autoridade policial e dos ofícios encaminhados pelo Juízo deferindo a produção da prova não é suficiente para assegurar o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa. Para que isso seja viabilizado, é imprescindível que o Acusado tenha acesso aos pedidos de quebra

formulados pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, bem assim das decisões judiciais que determinaram as medidas.

5. O Acusado, sob pena de cerceamento de defesa e ofensa ao contraditório, tem o direito de conhecer as razões pelas quais se pediu a interceptação telefônica cujo conteúdo obtido está sendo utilizado como prova contra si, bem como ter ciência dos fundamentos que levaram à sua decretação, pois sem o acesso a tais documentos e informações não há como aferir a regularidade da prova.

6. Embora não seja necessária a transcrição integral dos diálogos, é necessário, também sob pena de afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório, que seja possibilitado ao Réu acesso aos meios digitais em que se encontra registrada a integralidade das conversas interceptadas.

7. Na hipótese, é inarredável a conclusão de que tal proceder representou prejuízo à Defesa, porquanto, a toda evidência, o conteúdo das interceptações telefônicas foi imprescindível para amparar a condenação do ora Recorrente.

8. Anulado o processo, desde a fase de alegações finais. Prejudicada a análise das demais teses recursais.

9. Recurso especial conhecido e provido, a fim de anular o processo, desde a fase de alegações finais, com a recomendação de que as instâncias ordinárias examinem a possibilidade de estar extinta a punibilidade do Recorrente, pela prescrição da pretensão punitiva.⁵⁷

Por fim, expõe-se a Reclamação nº 32722, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que se reconheceu a necessidade de observação da cadeia de custódia das provas digitais, a fim de se preservar a confiabilidade do elemento probatório, que no caso narrado foi totalmente maculado, quando verificada qualquer o erro em sua condução, veja-se:

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.800.516/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em: 15/06/2021, publicado em: 25/06/2021.

Reclamação. Penal e Processual Penal. 2. Interceptação telefônica e telemática. 3. Súmula Vinculante 14, do STF. Direito de defesa e contraditório. 4. **Situação de dúvida sobre a confiabilidade dos dados interceptados juntados aos autos, embasada em elementos concretos.** 5. **Necessidade de preservação da cadeia de custódia.** 6. Possibilidade de obtenção dos arquivos originais, enviados pela empresa Blackberry, sem prejuízo à persecução penal. 7. Procedência para assegurar à defesa o acesso aos arquivos originais das interceptações, nos termos do acórdão.⁵⁸

Nesse processo, ao receber os dados da empresa Blackberry, a acusação, sob pretexto de “facilitar a dinâmica da transcrição”, editou o arquivo de modo que, nos locais do arquivo original em que constavam números de telefone dos interlocutores, foram inseridos o nome do acusado. A conclusão lógica foi que não se poderia confiar em nenhum dado daquela prova em específico pois, havendo provas de que um elemento foi adulterado, seria possível que todo o documento também estivesse eivado do mesmo vício.

Importante ressaltar que a exibição dos julgados supramencionados não busca fazer levantamentos estatísticos, visando a comprovação de um ou outro posicionamento dos Tribunais Superiores sobre o tema, mas apenas dizer que nos respectivos casos o posicionamento foi tal qual apresentado. Mais importante que do que estatísticas e a afirmação categórica sobre de qual é o posicionamento dos tribunais sobre o tema, é descobrir quais valores estão por trás dos posicionamentos.

Ato contínuo, percebe-se que a orientação dos Tribunais é de que, a despeito da inexistência normativa, o procedimento de coleta da prova digital parece não possuir qualquer limite ou restrição, a não ser que a macula à integridade e autenticidade da prova seja demonstrado pelo acusado. Não se verifica, também, qualquer respeito ao direito à privacidade, na medida em que, conforme visualizado na jurisprudência pátria, há uma espécie de “carta branca” no acesso ao conteúdo dos dados constantes em aparelhos digitais quando da investigação policial, uma vez que “não se pode confundir a simples verificação do conteúdo dos celulares pela equipe de investigação com a realização de prova pericial”⁵⁹.

⁵⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Reclamação ao STF nº 32.722. Relator: Gilmar Mendes, julgado em: 07/05/2019, publicado em:28/11/2019.

⁵⁹ *Idem*.

Podemos observar, assim, que a atuação estatal se encontra em descompasso com a vasta preocupação acadêmica acerca da fiabilidade dos dados digitais obtidos, sendo inclusive legitimada pelos tribunais, em razão da omissão legislativa. Tal omissão acaba por operar uma completa inversão de um processo penal democrático e constitucional, na medida em que legitima a ofensa a direitos fundamentais em prol da pretensão punitiva do Estado. Não se pode afirmar, contudo, que a ideologia punitivista é novidade no processo penal brasileiro, que se encontra em um flerte constante com sua matriz inquisitorial.

O que se busca não é a defesa da impunidade, mas sim o respeito aos direitos e garantias previstos no próprio texto constitucional, principalmente quanto ao contraditório, a ampla defesa e o direito à privacidade, a partir da previsão de procedimentos rígidos para a cadeia de custódia da prova digital. Afinal, somente através de normas coerentes com a realidade que preservem esses direitos e que levem em consideração a progressiva predominância das provas digitais no processo penal e a importância de se manter a sua idoneidade, será possível se realizar a justiça pretendida pela jurisdição.

6. CONCLUSÃO

As provas digitais assumem papel cada vez mais importante ao processo, devido as constantes inovações tecnológicas e transformações de elementos para a esfera digital. Assim, é fundamental reconhecer o que define essa espécie probatória, a fim de delimitar suas características e entender os cuidados a serem tomados no seu manuseio.

A tutela da cadeia de custódia da prova, inserida pela Lei nº 13.964/19 incluiu na legislação penal importantes procedimentos no intuito de se garantir a fidedignidade das provas penais. Apesar de não definir as consequências da sua quebra, é certo que há um prejuízo incalculável ao processo, na medida em que pode representar um malefício tanto à defesa, no exercício de seus direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa, quando valorada em caráter mitigado, quanto à acusação, quando desentranhada do processo. Além do mais, as previsões normativas foram claramente instituídas com o objetivo de disciplinar os métodos aplicados às provas materiais, deixando de regulamentar, portanto, as provas digitais.

Consoante o destacado, a preservação da cadeia de custódia é fundamental para a garantia da fidedignidade da prova, sobretudo quando diante do exercício da pretensão acusatória do Estado sobre o indivíduo. Sobre a égide do processo penal constitucional, somente pode-se admitir como prova no processo, aquele elemento ao qual tenha sido dada a oportunidade, ao indivíduo, de se defender amplamente, exercendo com plenitude o contraditório. É fundamental o respeito às regras do jogo, para que seja provada a prática de um crime ao qual se convencionou o cárcere

Além de não haver previsão normativa, a jurisprudência pátria se orienta no sentido de inverter a lógica penal, atribuindo ao acusado o ônus de comprovar a mácula sobre a idoneidade da prova digital recolhida sem a observância dos cuidados que se espera na tutela de sua cadeia de custódia, amplamente denunciada pela doutrina. A omissão legislativa acaba por legitimar, assim, a lesão a direitos e garantias fundamentais do acusado. Paralelo a tal omissão, podemos identificar uma vasta produção acadêmica nacional e internacional que acusa diversas cautelas a serem tomadas em cada uma das etapas de recolhimento do dado digital.

Apesar da tramitação no Congresso Nacional de proposta legislativa tendente a regulamentar o tema, observa-se que não há, em tal documento, a profundidade demandada pelo assunto. Para além do âmbito legislativo, ainda há muito o que se avançar, tanto no que se refere às práticas dos agentes estatais, quanto do entendimento dos tribunais acerca do cuidado que se

deve possuir quando do recolhimento das evidências digitais, levando em consideração a sua complexidade.

7. BIBLIOGRAFIA.

ALMAS, Amanda Costa das. **A Aplicabilidade da Cadeia de Custódia em Dados Digitais Utilizados como Prova no Processo Penal Brasileiro**. Laboratório de Ciências Criminais de Porto Alegre/RS – IBCCRIM. 2021

ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal (introduccion)**. 2ª ed. Madrid: Edersa, 1997.

BADARÓ, Gustavo Henrique Rigui Ivahy. **Garantias Processuais e o Sistema Acusatório**. In: *Processe Penal*. 2018.

BADARÓ, Gustavo. A Cadeia de Custódia e sua Relevância para a Prova Penal. **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal** – SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra. [Orgs] - Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2017

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.291**, de 20 de agosto de 2020. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) a fim de dispor sobre a custódia dos elementos digitais de prova. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1924108>. Último acesso: 06/02/2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pela Emenda Constitucional nº 107/2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Último acesso: 03/09/2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964, 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 dez. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Último acesso: 03/09/2021.

CASEY, Eoghan. **Digital evidence and computer crime: forensic science, computers, and the internet** / by Eoghan Casey; with contributions from Susan W. Brenner ... [et al.] - 3rd ed. Massachusetts/California/London. Elsevier

CUNHA MARTINS, Rui. O Ponto Cego do Direito: The Brazilian lessons. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DANIELE, Marcelo. **La prova digitale nel processo penale**. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXVI (Seconda Serie), n. 2, Marzo-Aprile 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. Disponível em: <<https://deusgarcia.files.wordpress.com/2017/03/luigi-ferrajoli-direito-e-razao-teoria-do-garantismo-penal.pdf>>. Último acesso: 15/07/2021, p. 464.

PRADO, Geraldo. **Breves Notas Sobre O Fundamento Constitucional Da Cadeia De Custódia Da Prova Digital**. 2021. Disponível em: <<https://geraldoprado.com.br/artigos/breves-notas-sobre-o-fundamento-constitucional-da-cadeia-de-custodia-da-prova-digital/>>.

PRADO, Geraldo. **A Cadeia de Custódia da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

LOPES JR., Aury, **Direito processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo. Saraiva, 2015.

MARQUES, Pedro Penha Leitão da Costa. **Informática Forense: Recolha e preservação da prova digital**. 192 f. Dissertação (Mestrado em Segurança em Sistemas de Informação) – Faculdade de Engenharia da Universidade Católica Portuguesa, UCP. Lisboa. 2013.

MATIDA, Janaina. A Cadeia de Custódia é Condição Necessária para a Redução dos Riscos de Condenações de Inocentes. **Boletim IBCCRIM** - ano 28 - n.º 331 – jun/2020. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/441>> Último acesso: 04/02/2022

PACELLI, Eugênio **Curso de processo penal** / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

VAZ, Denise Provasi. **Provas Digitais no Processo Penal: Formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório**. 168 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP. São Paulo. 2012.