

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA – *Campus* Governador Valadares  
Instituto de Ciências Sociais Aplicadas

André Magno Alves Lopes

**A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL NO PROCESSO PENAL  
BRASILEIRO**

Governador Valadares/MG

2023

André Magno Alves Lopes

**A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL NO PROCESSO PENAL  
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – *campus* Governador Valadares, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Doutorando Daniel Nascimento Duarte

Área de concentração: Processo Penal

Governador Valadares/MG

2023

André Magno Alves Lopes

A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – *campus* Governador Valadares, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Processo Penal

---

Prof. Doutorando Daniel Nascimento Duarte (Orientador)  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Dr. Bráulio de Magalhães Santos (Banca Examinadora)  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Doutorando Renato Santos Gonçalves (Banca Examinadora)  
Universidade Federal de Juiz de Fora

Governador Valadares, 5 de janeiro de 2023

## AGRADECIMENTOS

Academicamente, como forma de reconhecimento e incentivo, faço o registro das contribuições do Professor Bráulio durante a minha graduação e, certamente, a de muitos discentes, não apenas do curso de Direito, que estudam na UFJF – *campus* Governador Valadares.

Reconhecimento do trabalho por não medir esforços para que a Universidade atue diretamente e em prol da sociedade. Incentivo para continuar com os trabalhos e projetos em campo que engajam os estudantes e alcançam quem precisa.

Ao Professor Daniel Duarte nesse intenso semestre, aos diálogos na monitoria da disciplina Teoria do Direito Penal, a participação na Competição Brasileira de Direito e Processo Penal, o acompanhamento do estágio no Núcleo de Prática Jurídica da Universidade e, agora, finalizando com a orientação do Trabalho de Conclusão de Curso.

## RESUMO

As inovações tecnológicas têm modificado a maneira das pessoas se relacionarem socialmente, armazenarem seus dados íntimos e privados, trocarem informações e se comunicarem, tudo potencializado ao ambiente virtual. Do mesmo modo, os métodos de investigação têm evoluído e se adaptado com vistas a corroborar elementos interessantes ao processo. Nesse sentido, pretende-se discutir os meios de obtenção da prova digital consistente em interceptação de comunicação telefônica, interceptação de comunicação telemática, quebra de sigilo de dados telefônicos e quebra de sigilo de dados telemáticos, especificamente no que diz respeito à necessidade ou não de autorização judicial para a adoção das medidas invasivas e, para tanto, os requisitos legais, doutrinários e jurisprudenciais. Ato contínuo, dado as características próprias das provas digitais e o contato dos agentes públicos com a fonte de prova ou a prova propriamente dita, a necessidade de se adotar mecanismos que preservem os vestígios digitais, por meio de metodologia que garanta a confiabilidade da prova a ser apresentada posteriormente em juízo. Assim entendido, sobretudo, a preservação da cadeia de custódia da prova digital com destaques às situações de flagrante delito e cumprimento de mandado de busca e apreensão, em casos de contato físico com o aparelho que armazena os dados e por meio de acesso remoto aos dados. Nessa construção, ao fim, apesar da omissão legislativa, discute-se as possíveis consequências acerca da quebra da cadeia de custódia da prova digital.

**Palavras-chave:** Prova digital, meio de obtenção de prova, cadeia de custódia, quebra da cadeia de custódia

## ABSTRACT

The technological innovations has been changed the way people relate socially, store intimate and private data, exchange information and communicate, all of it potentialized in the virtual environment. In the same way, the investigation method has evolved and adapted aiming to corroborate interesting elements to the process. In this sense, it is intended to discuss the means of obtaining the digital evidence consistent in telephonic communication interception, telematic communication interception, breach of confidentiality of telephonic and telematic data, specifically with what concern the need or not for judicial authorization to adopt invasive measures and legal, doctrinal and jurisprudential requirements, therefore. In continuity, given the characteristics of digital evidence and the public agents contact with the evidence's source or the evidence itself, the need to adopt mechanisms that prevent the digital traces, through a methodology that guarantees reliability of the evidence to be later presented in court. Thus understood, above all, the preservation of custody chain of the digital evidence with emphasis on situations of flagrante delicto and execution of search and seizure warrant, in cases of physical contact with the device that stores data and through remote access to data. In this construction, in the end, despite legislative omission, the possible consequences about breaking the custody chain of evidence are discussed.

**Keywords:** Digital evidence; means of obtaining evidence; custody chain; break of custody chain

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas

Ag. - Agravo Regimental

Art. - Artigo

CRFB/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

HC - Habeas Corpus

*Internet - International network*

RMS - Recurso em Mandado de Segurança

REsp - Recurso Especial

RE - Recurso Extraordinário

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STF - Supremo Tribunal Federal

IP - Internet Protocol address

ISO - *International Organization for Standardization*

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 O PROCESSO PENAL COM A ERA DIGITAL</b> .....	9
<b>3 A PROVA DIGITAL</b> .....	15
<b>3.1 Meio de obtenção de provas digitais: interceptação telefônica, interceptação telemática, quebra de sigilo telefônico e quebra de sigilo telemático</b> .....	18
<b>4 A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL</b> .....	21
<b>5 A QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL</b> .....	25
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	29
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	32

## **1 INTRODUÇÃO**

A partir da interpretação das leis, das discussões jurisprudenciais e revisão bibliográfica, pretende-se abordar a importância da categoria cadeia de custódia da prova digital na investigação criminal e no processo penal e as consequências de sua violação, comumente chamada de quebra.

Nesse ínterim, busca-se por uma harmonia entre os direitos dos cidadãos submetidos à persecução penal e a necessidade de serem confiáveis as provas produzidas pelos órgãos estatais para sustentar o édito condenatório.

Perpassa-se pelas características de um processo penal com a era digital e pelas atribuições dos personagens ao ter contato com as provas e as fontes de prova para, ao fim, concluir pelas consequências da quebra da cadeia de custódia.

O advento da internet e a evolução tecnológica tem provocado significativa alteração nas relações pessoais e sociais, o que influencia também a constante formação do Direito com a inclusão de inovações, como por exemplo a possibilidade de realizar audiências criminais e sustentações orais em todo o país por videoconferência.

Com efeito, os métodos de investigação também se atualizaram por meio da utilização dos chamados métodos ocultos, tais como as interceptações telefônicas e telemáticas, quebras de sigilos, rastreamentos por intermédio de Estação Rádio Base (ERB) ou *Global Positioning System* (GPS), o que contribui para produções probatórias robustas.

Diante disso, por meio da perspectiva do Direito, já reconhecendo de antemão as limitações inerentes ao trabalho técnico realizado com expertise por Peritos Digitais, almeja-se responder às seguintes indagações: i) o que é cadeia de custódia da prova no processo penal?, ii) qual a importância da preservação da cadeia de custódia da prova?, iii) qual o procedimento para coleta e armazenamento da prova digital?, iv) qual a consequência da violação da cadeia de custódia da prova digital?

Em que as respostas se pautarão, de maneira geral, por um processo penal de cunho democrático e afirmador de garantias fundamentais.

## **2 O PROCESSO PENAL COM A ERA DIGITAL**

Parte-se da premissa de um processo penal inserido em um Estado Democrático de Direito, conforme se expressa no artigo 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil

de 1988 (CRFB/88), em que o Direito é produzido a partir das condições concretas que se estrutura o agrupamento humano em determinado momento histórico<sup>1</sup>.

Em que o processo penal possui, dentre outras finalidades, a reconstrução de um fato do passado tido como criminoso, o que leva a cabo a conclusão por uma verdade processual calcada na prova produzida pelas partes, isto é, pela acusação na posição, em regra, pela instituição Ministério Público e pela Defesa, seja pública ou particular.

A instituição Ministério Público, integrada por servidores públicos concursados que ocupam o cargo de Promotor de Justiça, é o ente público titular da ação penal pública, conforme se expressa no art. 129, I, da CRFB/88. Assim, a partir de provas da materialidade de prática criminosa e indícios da autoria de quem teria praticado a conduta delituosa, tem o dever, nas ações incondicionadas, de oferecer a denúncia em desfavor do então investigado, que passa a figurar como réu a partir da admissibilidade da exordial acusatória.

Com efeito, presentes as condições de ação, o órgão oficial está obrigado a provocar o judiciário, por meio da ação, e representar o interesse público e à coletividade na persecução penal.

Posiciona, ademais, no processo penal brasileiro, de forma declarada, além de órgão acusatório, como *custos legis*, isto é, fiscal da lei, na medida em que é incumbido a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme o art. 127, caput, da CRFB/88.

A Defesa, por sua vez, cumpre a função de exercer a defesa técnica, que é realizada por profissional com conhecimentos teóricos do Direito com vistas, também, a pretensão de equiparar a posição do acusado diante das instituições que dão azo ao poder de punir estatal, na tentativa de promover a chamada paridade de armas. Trata-se, pois, de Defensores Públicos ou Advogados.

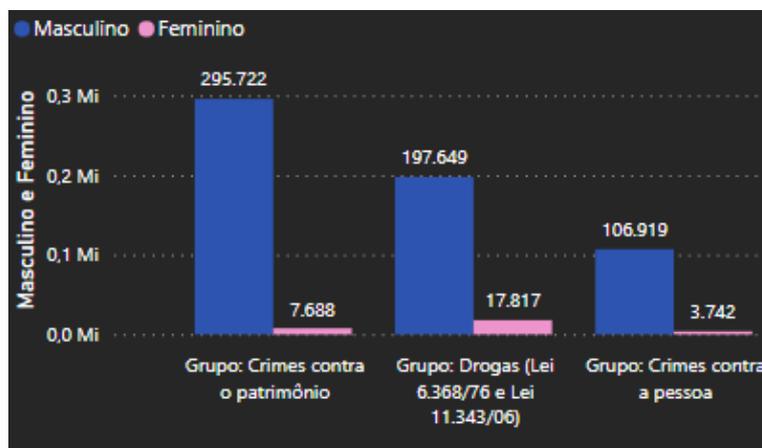
A Defensoria Pública é composta também por servidores públicos concursados, estes ocupam a função de Defensores Públicos. Ainda necessita de fortalecimento, representa processualmente os financeiramente hipossuficientes, o que, na condição socioeconômica do Brasil e com a seletividade do sistema penal, corresponde a parcela significativa dos acusados criminalmente.

De tal maneira que não é possível perpassar pelo estudo do processo penal brasileiro sem considerar a realidade do sistema penal em que se constata que, do total de 750.389

---

<sup>1</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007.

detentos, do período de janeiro a julho de 2022, 303.410 são crimes contra o patrimônio e 215.466 acerca da legislação de drogas<sup>2</sup>:



Fonte: Quantidade de Incidência por Tipo Penal: Período de Janeiro a Junho de 2022. DEPEN.

Em continuidade, os Advogados, seja constituído pelo próprio acusado ou familiar, seja dativo ou *ad hoc*, devidamente qualificados na Ordem dos Advogados do Brasil, possuem a atribuição de fazer valer os limites do poder de punir estatal ao ser chamado para falar pelo seu assistido e representá-lo, daí, a etimologia da palavra de origem latina, *ad vocare*. Como bem destaca o saudoso Rui Barbosa<sup>3</sup>:

A este, pois, revela honrá-lo não só arrebatando à perseguição os inocentes, mas reivindicando, no julgamento dos criminosos, a lealdade às garantias legais, a equidade, a imparcialidade, a humanidade.

[...]

Ora, quando quer e como quer se cometa um atentado, a ordem legal se manifesta necessariamente por duas exigências, a acusação e a defesa, das quais a segunda, por mais execrando que seja o delito, não é menos especial à satisfação da moralidade pública do que a primeira. A defesa não quer o panegírico da culpa, ou do culpado. Sua função consiste em ser, ao lado do acusado, inocente, ou criminoso, a voz de seus direitos legais.

A propósito, passagem memorável na obra de José Roberto de Castro Neves quando retrata, em um contexto de valorização da igualdade entre os cidadãos, a permissão às partes falarem por si próprias, sem o intermédio de um advogado. Contudo, dado o descompasso de atuações qualificadas, de conteúdo e formalismo, a prática não fora levada adiante<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Tabela Masculino e Feminino por Quantidade de Incidência por Tipo Penal divulgado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), período de janeiro a junho de 2022.

<sup>3</sup> BARBOSA, Rui de Oliveira. Oração aos moços e O dever do advogado. CL Edijur – Lemos/SP – Edição 2016. p. 66-67.

<sup>4</sup> “Logo após a Revolução Francesa e alguns anos depois da Revolução Americana, os governantes se depararam com uma aparente incoerência: se todos deveriam receber tratamento igualitário, como admitir que a classe de advogados tivesse certos privilégios? Por que apenas os advogados poderiam, por exemplo, representar terceiros perante os tribunais? Ora, se todos são iguais, consoante registram as constituições, não há motivo para garantir o monopólio de determinada profissão. Esse foi o fundamento adotado pelos franceses para, logo no início de

O juiz, por fim, como destinatário da prova produzida pelas partes, a quem incumbe ao final do processo decidir, com base no convencimento motivado, pela absolvição ou condenação do acusado e, em caso da segunda opção, ponderar em que medida ocorre.

Incumbe a árdua tarefa de, apesar da ausência de neutralidade, isto é, enquanto cidadão integrante do corpo social, com experiências próprias e crenças pessoais, apresentar o intuito da imparcialidade no exercício da função, ao proferir as decisões.

Destarte, diante das disposições, atribuições e limitações nas atuações dos sujeitos no processo, a acusação, a defesa e o julgador, forma-se o chamado sistema processual.

Inquietante, nesse sentido, a suspensão da eficácia de recente alteração legislativa no Código de Processo Penal, promovida pela Lei n. 13.964/2019, que limita a atuação, sobretudo do julgador, posicionando expressamente como espectador, demonstra a resistência de certas instituições para ainda ter protagonismo no processo.

Suspensão essa, da lavra do Ministro Luiz Fux, por meio de decisão monocrática, no bojo dos julgamentos de liminares nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, em que uma das ações fora proposta pela própria Associação dos Magistrados do Brasil, em que questiona o artigo 3º-A, sob o argumento de alteração na organização e divisão judiciária.

Não obstante tal constatação, as raízes do Código de Processo Penal e o histórico da realidade brasileira, as premissas adotadas vão ao encontro da pretensão constitucional por um sistema processual acusatório, estampada no devido processo legal (art. 5º, LIV), na separação de acusar ao Ministério Público (art. 129, I) e julgar ao magistrado (art. 93, IX), com igualdade de oportunidades às partes e efetivo contraditório (art. 5º, LV) para, ao fim, por meio de uma interpretação constitucional sistêmica, haver uma decisão emanada por um órgão julgador imparcial.

Em suma, o sistema acusatório calcado no princípio unificador<sup>5</sup> do sistema processual determinado pela gestão da prova, o poder de punir estatal apresenta regras e, de igual modo, deve-se viabilizar mecanismos para o respeito às limitações impostas e a possibilidade de efetiva revisão, por órgãos superiores, dos atos praticados, até eventual responsabilização por excessos.

---

sua Revolução, extinguir a Ordem dos Advogados daquele país. Nos Estados Unidos ocorreu o mesmo, abolindo-se qualquer requisito formal para a prática da advocacia, que a partir de 1802 foi, aos poucos, sendo ‘desregulamentada’. NEVES, José Roberto de Castro. Como os Advogados salvaram o mundo: A história da advocacia e sua contribuição para a humanidade. 1ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018. p. 237-238.  
5 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 165.

A propósito, o sujeito, parte em uma investigação criminal ou processo penal, figura como investigado ou réu pela presença de indícios de prática criminosa, na medida em que, formalmente, teria transgredido a lei, especificamente a norma penal. De tal maneira, que durante a todo o procedimento para se levar a cabo o indiciamento/arquivamento ou a condenação/absolvição perpassa por diversos agentes estatais.

Guardas Municipais, Policiais Militares, Escrivães de Polícia, Investigadores de Polícia, Delegados de Polícia, Oficiais de Justiça, Promotores, Procuradores, Juízes, Desembargadores, Ministros e demais servidores, enquanto agentes públicos, integram o sistema de justiça criminal. Com efeito, as atuações estão adstritas ao princípio da legalidade da administração pública prevista no art. 37, caput, da CRFB/88, durante a atuação na persecução, em que devem realizar aquilo que a lei determina.

A respeito, o Ministro Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet<sup>6</sup> contribuem:

O princípio da legalidade, tal como incorporado pelas Constituições brasileiras, traduz essa concepção moderna de lei como instrumento de proteção das liberdades individuais, que permitiu a formação de um Estado de Direito (*Rechtsstaat*) distinto e contraposto ao Estado absoluto (*Machtstaat*) ou ao Estado de Polícia (*Polizeistaat*) dos séculos XVII e XVIII [...] assim, opõe -se a qualquer tipo de poder autoritário e a toda tendência de exacerbação individualista e personalista dos governantes. No Estado de Direito impera o governo das leis, não o dos homens (*rule of law, not of men*).

O que se pretende destacar com essa passagem é que o Estado-acusador e Estado-julgador não podem transgredir limites com o propósito de sustentar a aplicação da lei penal, sob risco de se aproximar daquilo que pretendem combater/julgar.

A partir de tais premissas constitucionais e processuais, constitui o cenário que, para o bem ou para o mal, introduz as tecnologias ao meio jurídico, inegavelmente, aglutinado com a pandemia do COVID-19 e a necessidade do distanciamento social. De qualquer sorte, tais mecanismos já fazem parte da realidade forense e, certamente, não serão abandonados, devendo, pois, serem aperfeiçoados.

Os autos físicos, aos poucos, passam por virtualização, enquanto os novos processos já são eletrônicos desde a origem. No estado de Minas Gerais, o Tribunal de Justiça Mineiro utiliza o sistema PJE, o Processo Judicial Eletrônico, em primeira instância, ao passo que, na segunda instância, cuida do JPE.

Enquanto o Tribunal Regional Federal da 1ª Região adota o PJE tanto em primeiro quanto em segundo grau, e com o desmembramento e criação do TRF-6ª Região permaneceu

---

6 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional – 16 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 1855.

o sistema. Aos Tribunais Superiores, apresentam sistemas próprios, o Superior Tribunal de Justiça, o e-STJ e o Supremo Tribunal Federal, o e-STF.

De maneira positiva, pontua-se a realização de audiência criminal virtual, permite ao juiz natural da causa participar das oitivas em cartas precatórias ou rogatórias. As defesas possuem a possibilidade de despachar e sustentar em qualquer Tribunal do país, tudo de maneira *online*, contribuindo com o acesso à justiça àqueles que não possuem condições financeiras de arcar com os valores para transporte e alocação do causídico na capital do estado ou em Brasília para os Tribunais Superiores. Além da considerável contribuição com a razoável duração do processo em que as partes podem acessar simultaneamente os autos sem a antiga carga física.

Outro ponto diz respeito à instalação de câmeras em Policiais Militares durante o exercício da profissão, o que permite a um só tempo o controle de legalidade dos atos praticados pelos agentes públicos e conteúdo probatório que supera a prova testemunhal. No estado de Minas Gerais, o PL 2.684/2021, de autoria do deputado Jean Freire<sup>7</sup>, está em vigor e em fase inicial de distribuição dos aparelhos às corporações a partir de dezembro de 2022.

A título de comparação, no estado de São Paulo, em pesquisa encampada pela Faculdade Getúlio Vargas (FGV), referente o período entre junho de 2021 e julho de 2022, concluiu-se que a introdução das câmeras causou uma redução de 57% das mortes decorrentes de intervenção policial comparado às companhias que ainda não as adotaram.<sup>8</sup>

Aos reclusos, presos preventivamente ou em cumprimento de pena, por vezes, por anos, a possibilidade de ter o contato com familiares por meio de videochamada, o que permite sanar em parte a dificuldade de deslocamento dos visitantes até as unidades prisionais e a perda de um dia de trabalho para tanto. De ressaltar, que o mecanismo, ao permitir também a visualização de imagem, sobressai às ligações telefônicas que permitem o contato limitado a voz.

Ainda, pode-se pontuar a divisão realizada por cada instituição durante os plantões. O Plantão Digital da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, consiste em uma equipe, em geral investigadores, na Delegacia de Polícia que abrange a área do fato investigado, local onde é recebido eventuais Policiais Militares, testemunhas e vítimas do caso. Em outra Delegacia,

---

7 Projeto de Lei n. 2.684/2021. Disponível em <<https://www.almg.gov.br/atividade-parlamentar/projetos-de-lei/texto/?tipo=PL&num=2684&ano=2021>>

8 FAGUNDES, Eduardo et al. Relatório de Pesquisa: Avaliação do impacto do uso de câmeras corporais pela Polícia Militar do Estado de São Paulo. Centro de Ciência Aplicada à Segurança Pública, FGV.

por meio virtual, outra equipe, integrada por delegados e escrivães, formalizam o procedimento de Inquérito Policial.<sup>9</sup>

Não isento de críticas, em caso de queda na conexão pode gerar a perda de partes importantes de depoimentos, ou a prática de audiência de custódia virtual limita a razão de ser da apresentação do preso à autoridade judiciária em até 24h com a finalidade de se averiguar a lisura da prisão. Acresce os tamanhos dos documentos que cada sistema comporta ou ainda o questionável ‘julgamento virtual’ em que as Defesas gravam a sustentação oral e a insere em sistema próprio, sendo necessário que os Desembargadores a assistam para, apenas posteriormente, terem a possibilidade de anexar a votação proferida.

Nessa interseção entre Direito e tecnologia, é benéfico para a sociedade que a produção probatória em um processo tenha seu passo a passo registrado. Com isso, aos órgãos estatais assegurarem a condenação de acusados, juridicamente culpados, na medida de sua culpabilidade ou a absolvição de inocentes. Ao acusado, por sua vez, a garantia de efetivamente ter a oportunidade de contraditar todo o elemento apresentado em seu desfavor.

De maneira simplista, referido caminho da prova, desde a apreensão até o descarte, com a cronologia do que foi feito, o porquê, onde, quando, como e por quem, consistem na cadeia de custódia da prova.

### **3 A PROVA DIGITAL**

Como dito, as provas permitem a reconstrução dos fatos no processo penal, inexoravelmente, colhidas, produzidas, armazenadas e descartadas de maneira lícita.

Destarte, apesar de, por vezes, serem utilizados como sinônimos, certas ponderações terminológicas se impõem, o meio de obtenção de prova consiste em mecanismos que alcança as fontes de provas ou propriamente as provas, tais como busca e apreensão, interceptação telefônica, infiltração de agentes. A fonte de prova, por sua vez, compreende a coisa ou a pessoa que origina a prova, tendo como destinatário as partes, que a título de exemplificação pode ser documentos, ao que refere a coisas, e testemunhas, peritos, quanto as pessoais. Por fim, o ‘meio de prova’ diz respeito ao meio pelo qual o julgador tem contato para a reconstrução do fato, são exemplos a prova testemunhal, prova documental, prova pericial.

Oportuno, de igual modo, a diferenciação entre prova e elementos de informação, na medida em que, as provas são produzidas pelas partes, observado o contraditório, perante o julgador e estão dirigidas ao seu convencimento sobre determinado fato.

---

<sup>9</sup> Plantão Digital da PCMG chega a 67 delegacias em menos de três anos. Disponível em <<https://www.policiacivil.mg.gov.br/noticia/exibir?id=3619972>>

Ao passo que os elementos de informação, realizados no inquérito policial, formam um juízo de probabilidade de uma hipótese para elaboração da *opinio delicti* e, conseqüentemente, a propositura da ação penal ou, em caso negativo, para a promoção do arquivamento, assim como para fundamentar a adoção de medidas cautelares.

A respeito, o art. 155, do Código de Processo Penal, expressa que o juiz deve formar a convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, salvo as provas cautelares, as provas irrepetíveis e provas antecipadas, dado suas peculiaridades.

No mesmo sentido, sobressai a distinção com os indícios considerado a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autoriza, por indução, concluir-se pela existência de outras circunstâncias, nos termos do art. 239, do Código de Processo Penal. Nas palavras de Aury Lopes, indícios são concebidos como ‘provas mais fracas, de menos confiabilidade e credibilidade, insuficientes para um juízo condenatório, mas suficientes para a decretação de medidas incidentais ou decisões interlocutórias’<sup>10</sup>.

Com efeito, realizado as ressalvas, o procedimento probatório que interessa ao processo perpassa pelas etapas de proposição, admissão, produção e valoração. Vejamos.

A proposição consiste no momento de requerimentos pela produção probatória ou juntada aos autos de prova pré-constituída. Por conseguinte, a admissibilidade compreende a fase em que o juízo, de maneira fundamentada, decide se autoriza a produção probatória ou o ingresso nos autos de prova já produzida. A etapa de produção da prova requerida ocorre por meio da participação ativa das partes ou pelo contraditório a prova pré-constituída. Por fim, após a manifestação das partes, a valoração realizada pelo julgador ao proferir a decisão<sup>11</sup>.

Posto isso, até então, as provas, agora chamadas de tradicionais, caracterizam-se por estarem perceptíveis aos sentidos no ambiente físico e de maneira palpável. As provas digitais, todavia, apresentam características próprias, em que se destaca a imaterialidade, volatilidade e fragilidade.

A imaterialidade se dá pela formação de dados em *bits*, abreviação para *binary digit*, representada numericamente por 0 e 1, ao qual integra a menor unidade de informação que pode ser armazenada ou transmitida. Em continuidade, um conjunto de 8 *bits*, com a possibilidade de se organizarem em 256 maneiras distintas, integram 1 *byte*, daí o tamanho dos arquivos em kilo, mega, giga, tera, e assim sucessivamente, *bits* (b) ou *bytes* (B).

10 LOPES, Júnior Aury. Direito Processual Penal. 17. ed – São Paulo: Saraiva Educação. 2020. p. 578.

11 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 12. ed. Salvador: Ed. Juspodivim, 2017. p. 659.

Nesse sentido, a existência dos dados digitais independe de um suporte físico, todavia a demonstração do seu conteúdo ocorre por intermédio de equipamentos que funcionam como uma espécie de tradutor da linguagem computacional para a humana.

Como decorrência da estruturação, podem ser copiadas, alteradas e deletadas, assim a volatilidade, ao contrário de perenidade, se dá em razão da facilidade de desaparecimento e a fragilidade ocorre devido às possibilidades de contaminações e modificações.

A respeito, o perito Romullo Wheryko<sup>12</sup> contribui

as evidências no meio digital representam as informações armazenadas ou transmitidas eletronicamente, na forma de *bits* que podem ser invocadas em juízo, como e-mail, tráfegos de rede, notícias, perfis, fotos, vídeos, áudios, documentos, planilhas e demais arquivos armazenados em dispositivos digitais, como computador, *pendrive*, celular ou mesmo nuvens.

Acerca do conceito de provas digitais, por vezes não enfrentado pelos doutrinadores, em virtude de constantes modificações e inovações, Vaz arrisca e as define como ‘os dados em forma digital (no sistema binário) constantes de um suporte eletrônico ou transmitidos em rede de comunicação, os quais contêm a representação de fatos ou ideias’<sup>13</sup>.

Fato é que, ao ingressar em uma Faculdade de Direito até a conquista do bacharelado, o aluno inegavelmente percorre uma espécie de alfabetização para compreender as tecnicidades jurídicas. De maneira comparativa, é o que precisa ser compreendido pelos operadores do direito quanto a matéria das provas digitais.

Outrossim, necessário pontuar as (im)possibilidades de acesso às provas digitais, quais sejam, a entrega voluntária do investigado, ou, em caso de comunicação, a entrega por um dos interlocutores. Ou, em caso de ausência de voluntariedade, a utilização de medidas invasivas, sobretudo, em situações de flagrante delito e cumprimentos de mandados de busca e apreensão.

Situações que podem ocorrer mediante apreensão física do aparelho que contém as informações ou por meio de acesso remoto e que apresentam peculiaridades para a obtenção da prova de maneira lícita.

---

12 R. W. R. Carvalho. A Importância da Cadeia de Custódia na Computação Forense. Revista Brasileira de Criminalística. v. 9, n.2, p. 134-138.

13 VAZ, Denise Provasi. Tese de Doutorado. Provas Digitais no Processo Penal: Formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2012. p. 63.

### **3.1 Meio de obtenção de provas digitais: interceptação telefônica, interceptação telemática, quebra de sigilo telefônico e quebra de sigilo telemático.**

Atrelada ao acesso a dados digitais com vistas a contribuir com o acervo fático probatório ao processo penal, evidencia-se a potencialidade de se alcançar dados sensíveis do investigado que não são de interesse ao processo.

Fato é, que o acesso a dados, seja por *hacker* de maneira ilícita, seja por agentes públicos, ocorre a devassa de uma gama de informações íntimas e privadas do proprietário. Todavia, a segunda opção é permitida pelo direito, desde que cumprido determinados requisitos.

Sobre o direito à intimidade, expressa a Constituição a inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (art. 5º, X). Ao passo que o art. 5º, XII, preconiza a inviolabilidade do sigilo das comunicações de dados e das comunicações telefônicas, com a ressalva de casos de interesse na investigação e processo penal, conforme legislação complementar.

Acerca da aplicação associado às provas digitais, tem-se adotado a leitura de que o inciso XII atingiria o fluxo de dados atinente a comunicações futuras, em tempo real, ao passo que o inciso X condiz a dados estáticos e armazenados referente ao passado<sup>14</sup>.

Sobre o tema, importante a distinção entre dados de comunicação e demais dados, que podem ser dados cadastrais, dados de tráfego e dados pessoais. Os dados cadastrais consistem em informações qualificativas, tais como nome, endereço, telefone, e-mail. Os dados de tráfego, por sua vez, dizem respeito aos vestígios deixados ao utilizar uma rede, como a data, hora, duração do uso, *logs* de acesso e endereço *IP*. Por fim, os dados pessoais são os que não se enquadram nas demais hipóteses e podem ser anotações, agenda, fotos<sup>15</sup>.

No tocante às comunicações, não obstante a Constituição se referir tão somente às telefônicas, a legislação infraconstitucional, a partir da Lei n. 9.296/96, ao regulamentar o referido inciso XII, estendeu garantias às comunicações em sistemas de informática e telemática, essa entendido como a junção de telecomunicação com informática.

Em continuidade, preceitua a necessidade de autorização judicial para as interceptações telefônicas e telemáticas (art. 1º, da Lei n. 9.296/96) e permite a adoção da medida invasiva aos casos em que, cumulativamente, houver indícios razoáveis de autoria ou

---

14 RMS n. 60.698/RJ, Rel. Min. Rogério Schiatti, Terceira Seção STJ, DJe 04/09/2020.

15 FARES, Mohamad Hassan. Quebra de Sigilo Telemático. Trabalho de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019.

participação em infração penal, a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e infração investigada ser punida com reclusão (art. 2º, da Lei n. 9.296/96).

De ressaltar que as interceptações de comunicação telefônica e telemática estão autorizadas em no máximo 15 dias, a partir do seu início (art. 5º, da Lei n. 9.296/96), prorrogável diante de nova autorização judicial<sup>16</sup>. Assim, a operadora na interceptação telefônica e os provedores da rede e conexão na interceptação telemática, isto é, terceiros alheios à comunicação, captam as informações trocadas em tempo real pelos interlocutores.

De maneira diversa, consiste nas discussões decorrentes do art. 5º, X, da CRFB/88, ao qual se tem entendido pela aplicação do Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965/2014, e expressa que o conteúdo das comunicações privadas pode ser disponibilizado mediante ordem judicial e nas hipóteses em que a lei estabelece (art. 10, §2º, da Lei n. 12.965/2014). Contudo, referida regulamentação legal com a distinção de quais seriam os requisitos autorizadores não fora criada até o momento, sendo exigido, na jurisprudência, a motivação da medida ao caso concreto<sup>17</sup>.

Não obstante a ressalva quanto ao acesso ao conteúdo das comunicações armazenadas, a mesma legislação possibilita o fornecimento de registros de dados de tráfego e dados cadastrais. Os dados de tráfego podem ser obtidos por meio de autorização judicial (art. 10, §1º, da Lei n. 12.965/2014), desde que haja fundados indícios da ocorrência do ilícito, a justificativa motivada da utilidade dos registros ao caso e o período ao qual se referem os registros (art. 22, Lei n. 12.965/2014). Já os dados cadastrais, podem ser obtidos por autoridades administrativas diretamente por meio de requisição (art. 10, §3º, Lei n. 12.965/2014), não necessitando, assim, de autorização judicial.

Por fim, apesar de não expresso, entende-se que os dados pessoais, tidos como os dados que não se enquadram nas demais hipóteses elencadas, podem ser acessados por meio de busca e apreensão e motivação ao caso concreto, emanada por órgão judicial.

Feitas tais considerações, analisar-se-á a atuação dos agentes públicos para a colheita da prova ou da fonte de prova.

Primeiramente, em casos em que há voluntariedade por parte do investigado ao acesso aos seus dados digitais, não há que se falar em necessidade de autorização judicial, desde que

---

16 Tema 661 da repercussão geral no STF: são lícitas as sucessivas renovações de interceptação telefônica, desde que, verificados os requisitos do artigo 2º da Lei n. 9.296/1996 e demonstrada a necessidade da medida diante de elementos concretos e a complexidade da investigação, a decisão judicial inicial e as prorrogações sejam devidamente motivadas, com justificativa legítima, ainda que sucinta, a embasar a continuidade das investigações. São ilegais as motivações padronizadas ou reproduções de modelos genéricos sem relação com o caso concreto (RE n. 625.263, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 06/06/2022).

17 HC n. 690.369, Rel. Min. Olindo de Menezes (Desembargador Convocado). STJ. DJe 06/10/2021.

preservado as demais garantias ao acusado, como o conhecimento ao direito à não autoincriminação, o acompanhamento por advogado e a liberação de senhas e informações necessárias ao acesso ocorra sem coação ou vício de consentimento.

A respeito da comprovação do posicionamento permissivo do proprietário dos dados, pode-se utilizar da construção jurisprudencial acerca da prova de autorização ao ingresso a domicílio (art. 5º, XI, da CRFB/88) de maneira documentada e registrado por gravação audiovisual<sup>18</sup>.

Uma segunda possibilidade, seria a entrega voluntária de dados por parte de um dos interlocutores das comunicações, o que, de igual modo, não necessita de autorização judicial para tanto.

Situação diversa quando não ocorre a voluntariedade e é necessário a adoção de medidas invasivas, em que, primeiramente, tratar-se-á da apreensão física de aparelhos que contenham dados que possam ser relevantes ao processo.

No que diz respeito à situação de flagrante delito, apesar da expressa autorização constitucional aos casos excepcionais de possibilidade de ingresso ao domicílio (art. 5º, XI), o mesmo não ocorre nos casos de acesso aos dados contidos no aparelho.

Ao agente público, tem prevalecido o entendimento de que é autorizado tão somente a apreensão do suporte, se entender pertinente a elucidação dos fatos, sem acessar os dados neles contidos. Assim, uma vez apreendido, caberia ao Delegado de Polícia ou Promotor de Justiça realizar o requerimento de quebra de sigilo à autoridade judicial<sup>19</sup>.

A propósito, no julgamento em andamento do tema 977, reconhecida a repercussão geral, o Ministro relator Dias Toffoli entendeu pela possibilidade de acesso aos dados sem autorização judicial. Contudo os Ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin votaram para a fixação da seguinte tese:

O acesso a registro telefônico, agenda de contatos e demais dados contidos em aparelhos celulares apreendidos no local do crime atribuído ao acusado depende de prévia decisão judicial que justifique, com base em elementos concretos, a necessidade e a adequação da medida e delimite a sua abrangência à luz dos direitos fundamentais à intimidade (CF, art. 5º, X e XX).

---

18 HC n. 598.051/SP, Rel. Min. Rogério Schietti, Sexta Turma STJ, DJe 15/03/2021.

19 Pendente o julgamento do Tema 977 de repercussão geral no STF: aferição da ilicitude produzida durante o inquérito policial relativa ao acesso, sem autorização judicial, a registros e informações contidos em aparelhos de telefone celular, relacionados à conduta delitativa e hábeis a identificar o agente do crime (ARE 1.042.075, Rel. Min. Dias Toffoli). No STJ, Tese 19 da edição n. 69 - Nulidades do Processo: são nulas as provas obtidas por meio de extração de dados e conversas privadas em correio eletrônico e redes sociais (v.g. Whatsapp e Facebook) sem a prévia autorização judicial; ou Tese 7 da edição n. 111 – Provas no Processo Penal II: é ilícita a prova colhida mediante acesso aos dados armazenados no aparelho celular, relativos a mensagens de texto, SMS, conversas por meio de aplicativos (WhatsApp), e obtidas diretamente pela polícia, sem prévia autorização judicial.

Quanto ao caso de cumprimento de mandado busca e apreensão devidamente autorizado pelo juiz, institutos diversos que são comumente adotados de maneira conjunta, percebe-se o entendimento de que, a partir do momento em que há a apreensão física do aparelho, já subentende-se a autorização para acesso aos dados neles contidos, não sendo necessário uma nova autorização judicial para tanto<sup>20</sup>.

No tocante a possibilidade de acesso a dados por meio remoto, há diferentes técnicas disponíveis em que se destaca a aquisição de dados mediante apreensão de arquivos eletrônicos em *cloud computing*, devidamente autorizado pelo órgão judicial, presente as hipóteses autorizadoras de busca e apreensão e motivação ao caso concreto, ao qual o armazenamento dos dados ocorre em servidores mantidos por provedores de serviço, tais como *Google Drive* e *Icloud Apple*.

Pelo exposto, é como se houvesse maiores garantias, de maneira decrescente, aos dados de comunicação em fluxo, com legislação expressando os requisitos, seguido pelos dados de comunicações armazenadas, dados pessoais, dados de tráfego e dados cadastrais.

Outrossim, conclui-se que as informações obtidas a partir de interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas e quebras de sigilos consistem em provas cautelares, por sua vez, *smartphones*, notebooks, computadores apreendidos compreendem fontes de provas.

Assim, obtida a prova de maneira lícita, necessário sua preservação por meio da cadeia de custódia.

#### **4 A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL**

Percebe-se que o primeiro contato com o potencial vestígio digital enseja discussões jurídicas no âmbito doutrinário e jurisprudencial. As fases seguintes, por seu turno, demandam contribuições da técnica tecnológica, porquanto diz respeito aos mecanismos utilizados para colheita e armazenamento dos dados obtidos.

Mais uma vez, pontua-se a limitação do conhecimento inerente ao trabalho técnico realizado por peritos digitais. Não obstante, necessário esforços para entender a produção, a colheita, a armazenagem e o descarte das provas digitais durante a persecução penal.

Legalmente, a Lei n. 13.964/19, introduziu a terminologia cadeia de custódia ao Código de Processo Penal, na medida que considera o conjunto de todos os procedimentos

---

<sup>20</sup> Informativo n. 590: RHC n. 75.800/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma STJ, DJe 26/09/2016; Ag no RHC n. 211.999, Primeira Turma STF, DJe 18/04/2022.

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 recebimento até o descarte, conforme o art. 158-A.

Outrossim, o referido vestígio a ser rastreado figura todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração, nos termos do art. 158-A, § 3º. Por oportuno, destaca-se que os mencionados vestígios latentes não são visíveis a olho nu, o que necessita de recursos e metodologias próprios para serem identificados.

Destarte, acerca do tema, Aury Lopes assim contribui: ‘A cadeia de custódia exige o estabelecimento de um procedimento regrado e formalizado, documentando toda a cronologia existencial daquela prova, para permitir a posterior validação em juízo e exercício do controle epistêmico’<sup>21</sup>. Em sentido semelhante, Eugênio Pacelli assinala que a ‘cadeia de custódia nada mais é do que a preservação e registro do caminho da prova, desde a sua coleta até a apreciação pelo Poder Judiciário’<sup>22</sup>.

De tal maneira que a cadeia de custódia visa garantir a lisura ao procedimento probatório realizado pelos agentes públicos, a partir do registro dos agentes que tiveram contato com os vestígios e os métodos utilizados até a apresentação dos elementos em juízo. Sobremaneira, a importância de o Estado ter a possibilidade de demonstrar a confiabilidade da prova produzida, disponível para auditoria. Ao acusado, a previsibilidade de que responderá o processo penal que cuidará de apresentar prova qualificada.

Ao tratar do tema, Geraldo Prado<sup>23</sup> utiliza do termo ‘mesmidade’ para a ideia de se garantir que a prova admitida ao processo e disponível ao julgador para valoração seja a mesma colhida. E acresce o princípio da desconfiança ao tratar das provas, dado que deve se exigir critérios de legitimação.

Em continuidade, o art. 158-B e seguintes preceitua diretrizes e possíveis etapas da cadeia de custódia da prova, do recebimento até o descarte que, de antemão, necessário reconhecer que não fora destacado uma preocupação expressa com os vestígios digitais.

Assim, apesar dos inegáveis avanços trazidos pela inovação legislativa, leciona Daniel Duarte, a relação das etapas previstas no art. 158-A ao art. 158-F assimiladas a ambientes naturalísticos, ao expressar ‘locais ou vítimas de crimes’, e a aspectos físicos, com a possibilidade de manuseio<sup>24</sup>.

---

21 LOPES, Júnior Aury. Direito Processual Penal. 17. ed – São Paulo: Saraiva Educação. 2020. p. 658.

22 PACHELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 25. ed. - São Paulo: Atlas, 2021. p. 547.

23 PRADO, Geraldo. A cadeia de custódia da prova no processo penal. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2019.

24 DUARTE, Daniel Nascimento. “Lei Anticrime” e a Nociva Restrição Legal de Aplicabilidade da Cadeia de Custódia da Prova Penal. Boletim IBCCRIM – ano 28, n. 335, outubro de 2020.

De maneira resumida, observa-se as etapas da cadeia de custódia da prova consiste em<sup>25</sup>:

- 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;
- iii) fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito;
- iv) coleta: ato de recolher o vestígio, respeitando suas características e natureza;
- v) acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coletado;
- vi) transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas, 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;
- viii) processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada;
- ix) armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para a realização de contraperícia, descartado ou transportado;
- x) descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, mediante autorização judicial.

Em que, com a adaptação necessária, é possível aplicar tais mecanismos, não taxativos, às provas digitais, não perdendo de vista suas características próprias que exigem maiores cuidados durante o tratamento e que, normativamente, insere-se na categoria de vestígios latentes<sup>26</sup>.

De ressaltar a normativa da ABNT/ISO 27.037/2014, anterior a atual previsão trazida pelo Pacote Anticrime, que define as ‘Diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital’.

Assim, especificamente ao que diz respeito a cadeia de custódia da prova digital, Gustavo Badaró<sup>27</sup>, utilizando de contribuições de Giuseppe Vaciago<sup>28</sup>, apresenta as seguintes etapas:

- i) individualizar o suporte informática que contém o dado digital útil à investigação;

---

25 PARODI, Lorenzo. A cadeia de custódia da prova digital à luz da Lei n. 11.964/19 (Lei anticrime). Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/320583/a-cadeia-de-custodia-da-prova-digital-a-luz-da-lei-13-964-19-lei-anticrime>>. Acesso em 19 de dez. 2022.

26 DUARTE, Daniel Nascimento. “Lei Anticrime” e a Nociva Restrição Legal de Aplicabilidade da Cadeia de Custódia da Prova Penal. Boletim IBCCRIM – ano 28, n. 335, outubro de 2020.

27 BADARÓ, Gustavo. Os standards metodológicos de produção na prova digital e a importância da cadeia de custódia. Boletim IBCCRIM – ano 29 – n. 343 – junho de 2021.

28 VICIAGO, Giuseppe. Digital Evidence. I mezzi di ricerca della prova digitale nel procedimento penale e le garanzie dell’indagato. Torino: Giappicheli, 2012, p. 23.

- ii) obter o dado digital através de técnica de interceptação, no caso de fluxo de comunicação, ou mediante o sequestro e cópia ou espelhamento do suporte em que está registrado o arquivo de dados;
- iii) conservar os dados digitais obtidos e copiados em local seguro e adequado;
- iv) realizar a análise dos dados obtidos – examinando exclusivamente a cópia do suporte informático – que sejam relevantes para o objeto da investigação;
- v) apresentar os resultados da investigação em juízo, mediante a produção de prova pericial e eventuais esclarecimentos verbais dos peritos em audiência.

Frisa-se a etapa consistente na realização e análise de cópias, o que permite a preservação da integridade dos dados originais e evita que o material seja corrompido ou contaminado.

A propósito, o perito Lorenzo Parodi ressalta especificidades de certas provas digitais. Acerca de arquivos, a necessidade de se registrar o código *hash* do arquivo original para a correta custódia e comparação em análise de adulteração. Os *smartphones*, por sua vez, devem ser custodiados para posterior perícia, uma vez que apenas o registro de IMEI não é suficiente para garantir que se trata do mesmo aparelho. Acresce considerações acerca WhatsApp, e-mail, e HD (*HardDisks*)<sup>29</sup>.

Os aplicativos WhatsApp e Telegram, cada qual à sua maneira, utilizam tecnologia de criptografia ponta a ponta, o que permite que o conteúdo dos dados comunicados sejam acessados apenas pelos interlocutores e impossibilita a interceptação telemática em tempo real. Todavia, os arquivos salvos e comunicações armazenadas em aparelho físico ou nuvem não utilizam da mesma proteção.

Nesse passo, a discussão sobre a utilização de ata notarial para garantia da confiabilidade das provas digitais, por si só, não se trata da melhor metodologia, uma vez que a atuação do tabelião atestando, com fé pública, o documento, não se trata de análise e registros dos metadados, códigos *hash* ou *blockchains*. Do mesmo modo, a utilização de *print screen* não garante a integridade da prova digital, uma vez que são passíveis de manipulação e edição.

Sobre os metadados, registram, dentre outros dados, o código HTML das páginas acessadas, o *log* de acesso de recursos pelo *browser*, as informações sobre o domínio, endereço de IP, rotas lógicas e histórico de navegação,<sup>30</sup> informações que sobressaem nas primeiras etapas da cadeia de custódia na obtenção dos dados.

---

29 PARODI, Lorenzo. O prejuízo para a defesa derivante da quebra da cadeia de custódia de provas digitais. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/341170/o-prejuizo-para-a-defesa-derivante-da-quebra-da-cadeia-de-custodia>>

30 Quais conteúdos posso registrar? Disponível em <<https://www.verifact.com.br/saiba-mais/>>

Por conseguinte, o código *hash* consiste em um algoritmo que gera a transformação de grande quantidade de informações em uma pequena sequência de *bits*, o que permite a entrada de qualquer tamanho de dados e saída de um código com tamanho fixo, em que, caso um único *bit* seja alterado, acrescentado ou retirado, ocorre a alteração do código *hash*<sup>31</sup>.

Já os *blockchain* ou cadeia de blocos registram todo o histórico de alterações, como um livro, na medida que cada vez que se cria um novo bloco, registra-se o anterior, em uma espécie de encadeamento de blocos de dados<sup>32</sup>. Outra tecnologia semelhante consiste na Certificação Digital ICP/Brasil gerida pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, associado ao governo brasileiro<sup>33</sup>.

Por sua vez, referidos mecanismo, código *hash*, *blockchain* ou Certificação Digital, contribuem com a conservação do material original apreendido e proporciona segurança para a realização de cópias e, conseqüentemente, possibilita análise dos dados obtidos que sejam relevantes ao processo, de maneira auditável.

Por todo o discutido, a partir da regra de tratamento da presunção de inocência, não é preciosismo considerar duvidosa todo o material digital juntado aos autos, devendo ser demonstrado a metodologia utilizada para extração e armazenamento das informações. Essa premissa é corroborada pelo fato de que cada meio de obtenção de dados digitais, por aparelhos físicos, aplicativos, nuvens, entre outros, possuem peculiaridades próprias.

## **5 A QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL**

Apesar da introdução legislativa do conceito e etapas da cadeia de custódia da prova, verifica-se a omissão no que diz respeito às conseqüências em caso de violação às etapas da cadeia de custódia da prova.

O processo penal brasileiro adota o sistema de valoração consiste no convencimento motivado, por meio do qual o julgador emana a decisão, de maneira fundamentada, a partir da análise das provas apresentadas pelas partes. Nesse cenário, em caso de comprovação da quebra da cadeia de custódia, sobressaem três correntes doutrinárias.

A primeira corrente doutrinária, sustenta a inadmissibilidade da prova com respaldo na prejudicialidade ao contraditório e ampla defesa<sup>34</sup>.

---

31 R. W. R. Carvalho. A Importância da Cadeia de Custódia na Computação Forense. Revista Brasileira de Criminalística. v. 9, n.2, p. 134-138.

32 Novas tecnologias, “blockchain” e a função notarial. ANOERG/SP. Disponível em: <<https://www.anoregsp.org.br/noticias/34307/novas-tecnologias-blockchain-e-a-funcao-notarial>>

33 A *Blockchain* permite provas digitais confiáveis? Disponível em:

<<https://www.linkedin.com/pulse/blockchain-produz-provas-digitais-confi%C3%A1veis-alexandre-munhoz/>>

34 Nesse sentido, Geraldo Prado, Aury Lopes.

A segunda, por sua vez, defende que a prova é admissível e a discussão ocorre no âmbito das nulidades. Ao passo que as Teorias das Nulidades preceituam as nulidades absolutas, nulidades relativas ou mera irregularidades, o que enseja a análise pelo julgador em cada caso concreto<sup>35</sup>.

Já a terceira, afirma que a prova é admissível e válida, de tal maneira que cabe ao julgador valorá-la considerando as condições em que fora apresentada em juízo<sup>36</sup>.

Outrossim, doutrinariamente, a prova ilegítima decorre de violação à norma processual penal, ao passo que a prova ilícita sucede de violação a norma material. Normativamente, todavia, preceitua a Constituição, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5, LVI).

Por conseguinte, expressa o art. 157, do Código de Processo Penal, que são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação às normas constitucionais e legais, de tal maneira que não diferencia provas ilícitas e provas ilegítimas, na medida que eventual violação tanto a norma constitucional quanto a legal, enseja a ilicitude da prova.

Destarte, a prova ilícita não é admitida ao processo, de tal maneira que não deve ser juntada aos autos e, em caso de eventual juntada, deve ser desentranhada. Nesse sentido, acertada a posição adotada pela primeira corrente.

A quebra da cadeia de custódia prejudica o contraditório por não permitir a garantia da integralidade da prova, assim como de sua confiabilidade. De igual modo, não permite a auditoria do procedimento cronologicamente realizado pelos agentes públicos.

Nesse sentido, Geraldo Prado<sup>37</sup> aponta:

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. Os elementos remanescentes sofrem com a lacuna criada pela supressão de outros elementos que poderiam figurar argumentos persuasivos em sentido contrário à tese deduzido no processo e por essa razão estão contaminados e igualmente não são válidos.

Assim, a maneira adequada de lidar com essa limitação ao direito de defesa, é por meio da exclusão das provas que não possuem a cadeia de custódia devidamente preservada. Tal procedimento, em verdade, deve ser adotado não apenas quando restar evidenciado a violação, mas também quando houver a impossibilidade de certificar que efetivamente a prova apresentada em juízo se refere à mesma colhida.

---

35 BRANDÃO, Bruno Monteiro de Castro. A quebra da cadeia de custódia e suas consequências. Pacote Anticrime: volume II. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2021, p. 107-121.

36 Nesse sentido, Gustavo Badaró.

37 PRADO, Geraldo. A cadeia de custódia da prova no processo penal. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2019.p. 128

Destarte, não se trata de um pressuposto de má-fé dos agentes públicos no manuseio dos vestígios, mas sim a adoção de critérios objetivos, independente de análise do elemento subjetivo do agente estatal<sup>38</sup> e, sobretudo, elevação dos critérios aptos a contribuir para uma condenação penal. Ao que se conclui, que, enquanto houver não normativa a respeito da quebra da cadeia de custódia, implica-se o tratamento da ilicitude ao nível constitucional<sup>39</sup>.

A segunda corrente, apesar de cativante, parte da premissa de que para discutir a cadeia de custódia, pressupõe a obtenção da prova por meio lícito. Assim, uma vez obtida por meio lícito, a quebra da cadeia de custódia, de ordem processual, enseja a aplicação da Teoria das Nulidades.

Caso adotado tal linha argumentativa, apropriado a conclusão de que a violação acarreta a nulidade absoluta da prova, eis que o processual penal consiste em garantia fundamental ao acusado, a quem possui direito ao devido processo legal com a realização do contraditório com os meios a ele inerentes. Ao caso, evidencia-se a impossibilidade de se contraditar o material probatório apresentado em razão do descumprimento das etapas exigidas.

Nessa discussão, não possui melhor sorte a afirmação de tratar de nulidade relativa ou mera irregularidade, incabível a exigência de demonstração de prejuízo por parte da defesa, ou ainda a alegação de preclusão na discussão da matéria.

Por fim, a terceira corrente atribui margem interpretativa ao julgador e pode possibilitar a valoração de provas que não apresentam sua integridade comprovada, aptas, inclusive, para sustentar a condenação. Não obstante, Gustavo Badaró<sup>40</sup> defende que

é possível que haja apenas omissões ou irregularidades leves, sem que haja indicativos concretos de que a fonte de prova possa ter sido modificada, adulterada ou substituída. Em tais casos, a questão deve ser resolvida no momento da valoração.

Na jurisprudência, antes da modificação legislativa que expressa a cadeia de custódia da prova, no julgamento paradigmático do HC 160.662/RJ, julgado em 2014, em um caso que houve extravio na Polícia Federal de parte dos dados digitais oriundos de interceptações e quebras, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, decidiu pela nulidade das provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, por constituírem provas

---

38 LOPES, Júnior Aury. Direito Processual Penal. 17. ed – São Paulo: Saraiva Educação. 2020, p; 655-656.

39 PRADO, Geraldo. A cadeia de custódia da prova no processo penal. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2019. p. 128

40 BADARÓ, Gustavo. Os standards metodológicos de produção na prova digital e a importância da cadeia de custódia. Boletim IBCCRIM – ano 29 – n. 343 – junho de 2021. p. 9

ilícitas e determinou o desentranhamento integral do material colhido, assim como que o juízo de primeiro grau analisasse eventual prova ilícita por derivação<sup>41</sup>.

Por outro lado, a mesma turma no julgamento no HC n. 213.448/RS e REsp n. 1.435.421/RS, julgados em 2013 e 2015, em caso de alteração de arquivo no disco rígido *HD* marcado das 11h08, enquanto a apreensão realizada pela Polícia Federal ocorreu ao raiar do dia e de discussões sobre alteração do *código hash*, houve o entendimento de que ‘provavelmente não houve alteração substancial dos dados, sem prova de montagem de seu conteúdo, bem como os demais elementos coligados demonstram a confiabilidade destas informações’ pautado na ausência de legislação própria acerca das etapas que deveriam ter sido seguidas pelos agentes estatais e na inobservância de prejuízo defensivo<sup>42</sup>.

Conquanto, após a alteração normativa, observa-se a adoção do procedimento de cadeia de custódia como norma processual aplicável tão somente aos casos a partir da vigência da Lei n. 13.964/2019, ocorrido em 23/01/2020, com fundamento no princípio de *tempus regit actum* e art. 2º, do Código de Processo Penal<sup>43</sup>.

Mais a mais, a tese que está sendo firmada no Superior Tribunal de Justiça é de que o instituto da cadeia de custódia refere-se a 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 resultar na sua imprestabilidade, o que deve ser comprovado pela parte que alega, ou seja, pela defesa<sup>44</sup>. Acrescido que “as irregularidades constantes da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de se aferir se a prova é confiável”<sup>45</sup>.

Nesses termos, atribui ao julgador a função de valorar a prova em acordo com o caso concreto, aproximando-se da terceira corrente doutrinária apresentada. Assim, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a quebra da cadeia de custódia não acarreta imediata inadmissibilidade da prova.

No julgamento do REsp n. 1.795.341/RS, caso semelhante ao já mencionado em não houve acesso à integralidade de mídias obtida da interceptação telefônica, mencionou-se

---

41 HC n. 160.662/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Sexta Turma STJ, DJe 17/03/2014.

42 HC n. 213.448/RS. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. p/ acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma STJ; Resp n. 1.435.421/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma STJ. Data de Julgamento: 26/05/2015.

43 AgRg no HC n. 739.866/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma STJ, DJe 10/10/2022

44 AgRg no RHC n. 147.855, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado), Sexta Turma, DJe 13/12/2021.

45 Informativo Edição Especial n. 4 Direito Penal: HC n. 653.515/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Rel. p/ acórdão Min. Rogério Schiatti, DJe 01/02/2022.

expressamente a termo da cadeia de custódia da prova e foi determinada a nulidade da interceptação telefônica e das provas consequentes<sup>46</sup>.

No julgamento do RHC n. 99.735/SC, entendeu-se pela inadmissibilidade da prova devida a sua falta de confiabilidade em razão de espelhamento ao WhatsApp Web pela polícia, o que permite que o agente público atue como interlocutor da conversa, inclusive com a possibilidade de utilizar de funções de enviar e excluir mensagens<sup>47</sup>.

No julgamento do ARE 1.343.875 AgR-segundo pelo Supremo Tribunal Federal, referente ao caso em que, no cumprimento do mandado de busca e apreensão, foi realizado a cópia de dados de um computador, por meio de um *pendrive*, que continha uma lista com o nome de candidatos que receberam cheques de esquema de corrupção, contudo o computador não fora apreendido. Assim não realizado perícia no computador, o que impedia a contraprova dos acusados, reconheceu-se a ilicitude das provas, anulando a sentença condenatória que nela se amparou e foi determinado ao juiz de primeiro grau que analise a necessidade ou não de abrir a fase instrutória<sup>48</sup>.

Realizadas tais ponderações, considera-se que, se demonstrada a prejudicialidade ao exercício do contraditório, a violação da cadeia de custódia da prova enseja o desentranhamento das provas dos autos.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As discussões acerca dos meios de obtenção de provas digitais, diferenciação do teor da cada categoria de dados e o modo de preservação da cadeia de custódia da prova digital se demonstram atuais e com entendimentos em construção.

Acerca dos meios de obtenção de prova as reconhecidas repercussões gerais em andamento, expressam que o acesso a dados digitais é questão que desemboca em diversos setores da intimidade pessoal e profissional.

No julgamento do caso que ensejou o RE 625.263 e reconhecido a repercussão geral da matéria no tema 661, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça tinha reconhecido a ilicitude das provas digitais devido a inúmeras prorrogações das interceptações de comunicação<sup>49</sup>. Contudo, em recurso extraordinário realizado pelo Ministério Público, fora

---

46 REsp n. 1.795.341/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma STJ, DJe 14/05/2019.

47 Informativo n. 640: RHC n. 99.735/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma STJ, DJe 12/12/2018.

48 ARE n. 1.343.875 AgR-segundo, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma STF, DJe 14/09/2022.

49 HC n. 76.686/PR, Rel. Min. Nilson Naves, Sexta Turma STJ. DJe 10/11/2008.

reconhecida a licitude das prorrogações no caso concreto pelo Supremo Tribunal Federal e fixada a tese.

Ainda pendente os julgamentos a aferição da ilicitude produzida durante o inquérito policial relativa ao acesso, sem autorização judicial, a registros e informações contidos em aparelhos de telefone celular, relacionados à conduta delitiva e hábeis a identificar o agente do crime (tema 977) e os limites para decretação judicial de quebra de sigilo de dados telemáticos, no âmbito de procedimentos penais, em relação a pessoas indeterminadas (tema 1148).

Outrossim, a distinção realizada entre os chamados dados de comunicação, dados cadastrais, dados de tráfego e dados pessoais, com a fixação dos contornos e limitações de cada um, são necessários para que ocorra o acesso de maneira lícita, cumprindo as exigências e requisitos de acordo com o grau de proteção constitucional e infraconstitucional assegurado às informações digitais

Nesse sentido, o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14) trouxe novos contornos aos entendimentos, como o julgamento do HC 168.052/SP, emanado pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal, em que foi declarado a nulidade das provas obtidas pela polícia, sem autorização judicial, sob argumento de mutação constitucional diante de modificações jurídicas e significativo desenvolvimento das tecnologias<sup>50</sup>.

Ao qual se acresce a promulgação da Emenda Constitucional n. 115/2022, que inseriu o inciso LXXIX no artigo 5º, da CRFB/88, que assegura, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

Em verdade, os métodos consistentes em interceptação das comunicações em tempo real se tornarão tão logo obsoletos, os dados armazenados, sobretudo, os de comunicação necessitam de legislação específica que autorize o seu acesso por meio de medida invasiva.

Os dados que foram e estão sendo produzidos nesses anos de ‘início’ da tecnologia, certamente serão armazenados por décadas em diversos mecanismos, tanto pessoais quanto profissionais, como os casos de empresas, aos quais necessitam de proteção igual ou superior às chamadas comunicações em fluxo, quiçá a superação desse distinção entre comunicação estática e em fluxo.

No tocante a cadeia de custódia da prova, acerca da licitude das provas produzidas e confiabilidade da prova, figura-se a necessidade de realização de filtros ao longo do processo penal. De fato, o primeiro filtro deve ser realizado pelo Ministério Público em averiguar a qualidade da prova até então produzida e os meios possíveis para a sua obtenção, para a

---

50 HC n. 168.052/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma STF, DJe 02/12/2020.

propositura da ação penal, eis que pretende a atribuição constitucional enquanto fiscal da aplicação da lei.

Ocorre que, na prática, a partir das teses defendidas nos Tribunais Superiores, não se verifica o apreço do órgão ministerial em reconhecer eventual quebra da cadeia de custódia, de tal maneira que, em matéria probatória, no âmbito do processo penal, observa-se, em verdade, a atuação como órgão acusatório interessado na confirmação da hipótese aventada na denúncia.

Em outras palavras, observa-se, por vezes, a defesa da manutenção nos autos de provas que apresentam comprovação da quebra da cadeia de custódia ou que não demonstram as etapas e metodologias que foram adotadas. Tal posição, com supedâneo no entendimento, sobretudo do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a quebra da cadeia de custódia da prova não acarreta o imediato desentranhamento dos autos, o que fica a cargo do julgador avaliar o grau de confiabilidade que aquele material possui ao emanar suas decisões.

Em continuidade, o órgão judicial figura como mais um filtro ao decidir tanto pela possibilidade de se produzir determinado tipo de prova, quanto ao admitir ao processo apenas as provas obtidas por meio lícito e com a cadeia de custódia preservada. A defesa, por sua vez, cabe averiguar se os limites ao poder de punir estatal estão sendo respeitados e utilizar os meios jurídicos adequados em casos de excessos, contribuindo para a construção jurisprudencial.

Por tudo isso, a preservação da cadeia de custódia da prova ou a violação da cadeia de custódia da prova pode ser o limbo entre se utilizar ou não determinada prova na persecução penal.

## REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo. **Os standards metodológicos de produção na prova digital e a importância da cadeia de custódia**. Boletim IBCCRIM – ano 29 – n. 343 – junho de 2021.
- BARBOSA, Rui, de Oliveira. **Oração aos moços e O dever do advogado**. CL Edijur – Lemos/SP – Edição 2016.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007.
- BRANDÃO, Bruno Monteiro de Castro. **A quebra da cadeia de custódia e suas consequências**. Pacote Anticrime: volume II. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2021.
- CIVIL, Polícia, POLÍCIA CIVIL DE MINAS GERAIS, Mg.gov.br, disponível em: <<https://www.policiacivil.mg.gov.br/noticia/exibir?id=3619972>>. acesso em: 30 nov. 2022.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998.
- DUARTE, Daniel Nascimento. **“Lei Anticrime” e a Nociva Restrição Legal de Aplicabilidade da Cadeia de Custódia da Prova Penal**. Boletim IBCCRIM – ano 28, n. 335, outubro de 2020.
- FAGUNDES, Eduardo et al. **Avaliação do impacto do uso de câmeras corporais pela Polícia Militar do Estado de São Paulo**. 2020. f. 28. Relatório de Pesquisa: Centro de Ciência Aplicada à Segurança Pública, FGV.
- FARES, Mohamad Hassan. **Quebra de Sigilo Telemático**. Trabalho de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019.
- FREIRE, Jean. **Projeto de Lei n. 2.684/2021**: Dispõe sobre a implantação de sistema de vídeo e áudio nas viaturas e uniformes policiais. Disponível em <<https://www.almg.gov.br/atividade-parlamentar/projetos-de-lei/texto/?tipo=PL&num=2684&ano=2021>>. Acesso em 30 de novembro de 2022.
- JÚNIOR, Ivan Jezler Costa Júnior. **A Busca por um Marco Processual da Internet**: Requisitos para colheita dos dados armazenados em computadores eletrônicos. 2018. f. 200. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontífice Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2018.
- LOPES, Júnior Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed – São Paulo: Saraiva Educação. 2020.

MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado. **Malware do Estado e processo penal: a proteção de dados informáticos face à infiltração por *software* na investigação criminal.** 2018. f. 219. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontífice Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** – 16 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

NEVES, José Roberto de Castro. **Como os Advogados salvaram o mundo: A história da advocacia e sua contribuição para a humanidade.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.  
PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 25. ed. - São Paulo: Atlas, 2021.

Quantidade de Incidência por Tipo Penal: Período de Janeiro a Junho de 2022. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiY2Q3MmZlNTYtODY4Yi00Y2Q4LWFlZDUtZTcwOWI3YmUwY2IyIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>> . Acesso em 26 de novembro de 2022.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 25. ed. - São Paulo: Atlas, 2021

PARODI, Lorenzo. **A cadeia de custódia da prova digital à luz da Lei n. 11.964/19 (Lei anticrime).** Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/320583/a-cadeia-de-custodia-da-prova-digital-a-luz-da-lei-13-964-19—lei-anticrime>>. Acesso em 19 de dez. 2022.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal.** São Paulo: Editora Marcial Pons, 2019.

REBELLATO, Luiz Fernando Bugiga. **A análise constitucional do sigilo e da privacidade nas investigações criminais: o acesso a dados armazenados em aparelhos celulares.** 2020. f. 305. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2020.

R. W. R. Carvalho. **A Importância da Cadeia de Custódia na Computação Forense.** Revista Brasileira de Criminalística. v. 9, n. 2.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 12. ed. Salvador: Ed JusPodivim, 2017.

VAZ, Denise Provasi. **Provas Digitais no Processo Penal: Formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório.** 2012. f. 198. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.